



نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية

الجامعة المصرية - كلية الحقوق

النظرية العامة للالتزامات في الشرعية الإسلامية

الجزء الأول

طرق الالتزام

وبه بيان المراجع ومقدمة في طريقة البحث
وعرض عام لنظرية الالتزامات
في الفقه الحنفي

« وانه ليستغفر لطالب العلم
من في السموات ومن في الأرض
حتى حيتان البحر وهوام البر »
حديث شريف

تأليف

شفيق شحاتة

دكتور في القانون



مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر

الى والدتي
أهدي كتابي هذا

المراجع

أولا - الشريعة الاسلامية

(١) المصادر

(١) الفقه الحنفى

أبو حنيفة (متوفى سنة ١٥٠ هـ).

«المسند» . وهو مجموعة أحاديث . وقد طعن في صحة نسبة هذه المجموعة لأبي حنيفة . طبع مصر سنة ١٣٢٧ هـ والهند سنة ١٣٠٩ هـ .

أبو يوسف (متوفى سنة ١٨٣ هـ).

«الخراج» . طبع مصر سنة ١٣٠٢ هـ . وما يتناوله هذا المؤلف من موضوعات القانون العام .

محمد بن الحسن الشيبانى (متوفى سنة ١٨٩ هـ).

«المبسوط» . مخطوط رقم ٢٠٠ (قوله) بدار الكتب المصرية . وهذا المخطوط بحالة جيدة . وقد اكتفى بكلمة «محمد» للإشارة إلى هذا المرجع . وتوجد أجزاء أخرى من المبسوط وهى المخطوط ٣٣ فى مجلدين والمخطوط ٦٢٣ فى مجلدين والمخطوط ٣٤ فى مجلد واحد والمخطوطان ٣٨٢ و ٤٩١ . وقد ذكر خطافى فهرست دار الكتب أن هذين المخطوطين الأخيرين هما نوادر محمد . ويوجد أيضاً بمكتبة الأزهر جزء من المبسوط وهو المخطوط ٤٢٨٠ .

- « الجامع الصغير » . طبع مصر سنة ١٣٠٢ هـ .
« الجامع الكبير » . مخطوط رقم ٧٤ بدار الكتب . وشرح لهذا الجامع الكبير
عنوانه « التيسير » . مؤلفه مجهول مخطوط رقم ١١٢ بدار الكتب .
« المخارج في الحيل » . طبع شنت ليزج سنة ١٩٣٠ م . وتوجد نسخة
مطابقة بدار الكتب وهي المخطوط ٥٥٠ ألا أنها منسوبة لأبي يوسف .
« الحجج » . طبع الهند . وقد طعن في صحة نسبة هذا المؤلف .
« الآثار » . مخطوط رقم ٤٣ بدار الكتب . وهو مجموعة أحاديث .
الخصاف (٢٦١ هـ) .

« الحيل والمخارج » . هانوفر سنة ١٩٢٣ م طبع شنت . وتوجد نسختان
مخطوطتان بدار الكتب تحت رقمي ١٥٤ و ١٧٠ . ونسخة ثالثة بمكتبة بلدية
الاسكندرية تحت رقم ٣٦٣٩ . وعند ذكر كلمة « الخصاف » تكون النسخة
المطبوعة هي المقصودة .

السمرقندى (سعيد بن على) ؟

« جنة الأحكام وجنة الخصام في الحيل والمخارج » . مخطوط رقم ٣٤ بدار الكتب .

الطحاوى (٣٢١ هـ) .

« مختصر » . مخطوط رقم ٩٥٨ بمكتبة الأزهر .
« أذكار الحقوق والرهون » . وهو مأخوذ من الجامع الكبير في الشروط .
طبع شنت هيلدبرج سنة ١٩٢٧ م .

السكرخى (٣٤٠ هـ) .

« رسالة في الأصول » . طبع مصر بدون تاريخ .

الخصاص (٣٧٠ هـ) .

« شرح الجامع الكبير » . مخطوط رقم ٧٤٥ بدار الكتب . في مجلدين .
ويوجد جزء آخر منه في مجلد وهو المخطوط ٧٤٦ بدار الكتب .

السمرقندي (أبو الليث) (٣٧٥ هـ) .

« النوازل » . مخطوط رقم ٥٦٥ بدار الكتب .

الحاكم الشهيد (حوالى ٤٠٠ هـ) .

« الكافي » . جزء مخطوط رقم ٤٠٠ بدار الكتب .

القدورى (٤٢٨ هـ) .

« مختصر » . طبع الاستانة سنة ١٣١٠ هـ .

السرخسى (أبو بكر) (٤٣٨ هـ) .

« المبسوط » . طبع مصر سنة ١٣٢٤ هـ . ثلاثون جزءاً في عشر مجلدات . وهو
مختصر للكافي (أنظر الحاكم الشهيد المذكور آنفاً) والكافي شرح لكتب محمد
« شرح الجامع الكبير » . مخطوط رقم ١٠٧ بدار الكتب . وهذا المخطوط
هو جزء من المؤلف ومشكوك في صحته .

السفدى (٤٦١ هـ) .

« التنف » . مخطوط رقم ٢٨٧ بدار الكتب . ونسب هذا المؤلف أيضاً
للمرداحى .

الصدر الشهيد (٥٣٦ هـ) .

« شرح النفقات للخصاف » . طبع حيدرآباد سنة ١٣٤٩ هـ .

« شرح أدب القاضي للخصاف » . مخطوط رقم ٢١ بدار الكتب .

محمود بن أحمد بن عبد العزيز الملقب ببرهان الدين (توفي حوالى سنة ٥٥٤هـ)
« ذخيرة الفتاوى أو الذخيرة البرهانية » . مخطوط رقم ١٩١ بدار الكتب فى
خمسة مجلدات .

« المحيط » . مخطوط رقم ٤٨١ فى أربعة مجلدات مخطوط رقم ٤٨٢ فى مجلدين
ومخطوط رقم ٧٧٤ فى خمسة مجلدات . وقد وجد نص هذا المحيط كنص
محيط رضى الدين السرخسى . وسيشار فى الغالب إلى محيط هذا الأخير .

النسفى (نجم الدين أبو حفص عمر) (٥٢٧ هـ) .

« طلبة الطلبة فى اصطلاحات الحنفية » . طبع سنة ١٣١١ هـ .

افتخار الدين طاهر بن أحمد (٥٤٢ هـ) .

« الخلاصة » . مخطوط رقم ١٩٥ بدار الكتب . فى مجلدين .

رضى الدين السرخسى (٥٤٤ هـ) .

« المحيط » . مخطوط الأرقام ٣٨٤ و ٣٨١ و ٦١٣ و ٦١٤ و ٦١٥ بدار الكتب .
وتوجد نسخة أخرى بمكتبة الأزهر وهى المخطوط ٣٢ فى ستة مجلدات .

المكرايىسى (٥٧٠ هـ) .

« الفروق » . مخطوط رقم ٢٩٢ بدار الكتب .

العنابى (٥٨٦ هـ) .

« جامع الفقه أو الفتاوى العنابية » . مخطوط رقم ١٩٣ بدار الكتب .

« شرح الزيادات لمحمد » . مخطوط رقم ٢٦٤ بدار الكتب . وبواسطته
يتوصل الى نص الزيادات .

الكاسانى (٥٥٨٧) .

« بدائع الصنائع » ، مصر سنة ١٣٢٨ هـ . سبعة أجزاء في ثلاثة مجلدات .

قاضى خان (٥٥٩٢) .

« فتاوى » ، مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية في الثلاثة مجلدات .
الأولى . مصر سنة ١٣١٠ هـ .

« شرح الزيادات لمحمد » ، مخطوط رقم ٣٨٠ بدار الكتب .
« شرح الجامع الصغير لمحمد » ، جزء منه مخطوط رقم ٧٤٣ بدار الكتب
في مجلدين .

المرغينانى (٥٥٩٣) .

« الهداية » ، مصر المطبعة الميمنية في تسعة مجلدات وطبع بولاق في ثمانية
مجلدات سنة ١٣١٦ هـ . وسيشار في الغالب لطبعة الميمنية .

برهان الشريعة المحبوبي (حوالى ٦٠٠ هـ) .

« الوقاية » ، مخطوط رقم ٢ بمكتبة الأزهر .

عبد المطلب بن الفضل الهاشمي (٦١٦ هـ) .

« شرح الجامع الكبير لمحمد » ، جزء منه مخطوط رقم ١٠٢ بدار الكتب

ظهير الدين ابو بكر (٦١٩ هـ) .

« الفتاوى الظهيرية » ، مخطوط رقم ٣١٩ بدار الكتب في مجلدين .

عالم بن علاء الغزى (٦٢٠ هـ) .

« الفتاوى التارخانية » ، مخطوط رقم ٨٥٢ بدار الكتب في خمسة مجلدات

الحسين بن محمد السمعاني (٩) .

« خزانة المفتين » . مخطوط رقم ٤٣ بدار الكتب .

الحصري (٦٣٦ هـ) .

« التحرير في شرح الجامع الكبير لمحمد » . مخطوط رقم ٩٧ بدار الكتب في خمسة مجلدات والنسخة غير كاملة .

صدر الدين سليمان (٦٧٧ هـ) .

« الزيادات لمحمد » . مخطوط رقم ١٢٤٢ بدار الكتب .

النفسي (حافظ الدين) (٧١٠ هـ) .

« الوافي » . مخطوط رقم ٦٨ بمكتبة الأزهر .

« كنز الدقائق » . مطبوع على هامش ابن نجيم البحر في ثمانية مجلدات . مصر سنة ١٣٣٤ هـ .

الزيلعي (٧٤٣ هـ) .

« تبين الحقائق » . وهو شرح على كنز النفسى . مصر سنة ١٣١٤ هـ . في ستة مجلدات .

الطرسوسى (٧٥٨ هـ) .

« أنفع الوسائل الى تحرير المسائل » . مصر سنة ١٣٤٤ هـ .

البارتى (٧٨٦ هـ) .

« شرح العناية » . وهو شرح على هداية المرغينانى . مطبوع على هامش الهداية . مصر المطبعة الميمنية في تسعة مجلدات .

الحدادى (١٨٠٠ هـ) .

« الجوهرة النيرة » . وهو شرح على مختصر القدورى . الاستانة سنة ١٣٠١ هـ فى مجلدين .

العينى (حوالى ١٨١٨ هـ) .

« شرح على كنز النسخ » . مصر سنة ١٢٨٥ هـ فى مجلدين .

ابن قاضى سماوه (١٨٢٣ هـ) .

« جامع الفصولين » . مصر سنة ١٣٠٠ هـ فى مجلدين . وسيشار أيضاً إلى طبعة بولاق .

ابن البراز الكردرى (١٨٢٧ هـ) .

« الفتاوى البرازية » . مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية فى المجلدات ٤ و ٥ و ٦ . مصر سنة ١٣١٠ هـ . الطبعة الثانية .

منلا خسرو (١٨٥٥ هـ) .

« درر الحكام فى شرح غرر الأحكام » . مصر سنة ١٣٠٤ هـ فى مجلدين .

منلا مسكين (حوالى ١٨٥٠ هـ) .

« شرح على الكنز » . وهو مطبوع على هامش فتح الله المعين لآبى السعود مصر فى ثلاثة مجلدات . بدون تاريخ .

ابن الهمام (١٨٦١ هـ) .

« فتح القدير » . وهو شرح على هداية المرغينانى ومطبوع مع الهداية (المذكورة آنفاً) . وقد آتته قاضى زاده (١٩٨٨ هـ) فى نتائج الأفكا . وهذه السمة توجد بالمجلدات ٧ و ٨ و ٩ .

قاسم بن قطلوبغا (٨٧٩هـ) .

« موجبات الأحكام » . مخطوط رقم ١٧١٤ بدار الكتب .

إبن الشحنة (٩٢١هـ) .

« الذخائر الاشرفية في ألغاز الحنفية » . مخطوط رقم ١٧٣٨ بمكتبة بلدية الاسكندرية .

البرجندی (حوالى ٩٣٠هـ) .

« شرح النقاية على الوقاية » . (أنظر المحبوبي المذكور آنفاً) مخطوط رقم ٩٩٠ بدار الكتب .

سعدى جلبي (٩٤٥هـ) .

« حاشية على العناية والهداية » . (أنظر آنفاً) مطبوعة على هامش الهداية .

إبراهيم الحلبي (٩٥٦هـ) .

« ملحق الأبحر » . الاستانة سنة ١٣١٩هـ .

إبن نجم المصرى (٩٧٠هـ) .

« الاشباه والنظائر » . مصر سنة ١٢٢٩هـ . فى مجلد واحد يحوى جزئين وملحقات

« البحر الرائق » . وهو شرح على الكنز (أنظر فيما سبق) . مصر سنة

١٢٣٤هـ فى ثمانية مجلدات . والمجلد الثامن من وضع الطورى .

المحوى .

« غمز عيون البصائر » . شرح على اشباه ابن نجم . مطبوع مع الاشباه (المذكورة آنفاً)

التاجي (من عصر السلطان سليم خان) .

« التحقيق الباهر » . وهو أيضاً شرح على أشباه ابن نجيم مخطوط رقم ١٩١٤
بمكتبة الرافعي بالأزهر في خمسة مجلدات .

الغزى (٩٩٥ هـ) .

« تنوير الأبصار » . بهامش رد المحتار لابن عابدين . مصر سنة ١٢٦٠ هـ .

الخوارزمي .

« الكفاية » . وهو شرح على الهداية مطبوع مع الهداية بالمطبعة الميمنية
(انظر فيما سبق) ويقول ابن قطلوبغا أن واضع هذا الكتاب هو محمود بن
عبدالله بن محمود تاج الشريعة من فقهاء القرن الثامن .

الشامي (حوالي ١٠٠٠ هـ) .

« حاشية على التبيين للزيلعي » . (انظر فيما سبق) مصر سنة ١٣١٤ هـ في ستة مجلدات

نشأجي زاده (١٠٣١ هـ) .

« نور العين في اصلاح جامع الفصولين » . وهو مختصر لابن قاضي سماوه مع
بعض التصحيحات . مخطوط رقم ٣٦٥ بمكتبة الأزهر .

بعض علماء الهند (حوالي ١٠٧٠ هـ) .

« الفتاوى الهندية أو العالمكيرية » . مصر سنة ١٣١٠ هـ . الطبعة الثانية .
في ستة مجلدات .

شيخ زاده (١٠٨٧ هـ) .

« مجمع الأنهر » . شرح على ملتي الأبحر (انظر فيما سبق) . الاستانة سنة

الحصكفى (١٠٨٨ هـ).

« الدر المختار » . طبع بهامش رد المختار لابن عابدين . مصر سنة ١٢٦٠ هـ

محمد بن الحسين (شيخ الاسلام) (١٠٩٨ هـ) .

« الفتاوى الانقروية » . مصر سنة ١٢٨١ هـ . فى مجلدين .

الطحطاوى (؟) .

« حاشية » . على الدر للحصكفى (أنظر فيما سبق) . مصر سنة ١٢٨٢ هـ . فى أربعة مجلدات . الطبعة الثالثة .

الشرنبلالى (١٠٦٩ هـ) .

« غنية ذوى الأحكام فى بغية درر الأحكام » . وهى حاشية على منلا خسرو (أنظر فيما سبق) . مصر سنة ١٣٠٤ هـ . فى مجلدين .

أبو السعود (حوالى ١١٦٠ هـ) .

« فتح الله الممين » . وهى حاشية على منلا مسكين (أنظر فيما سبق) . مصر (؟) فى ثلاثة مجلدات .

ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) .

« رد المختار » . وهى شرح على الدر المختار (أنظر فيما سبق) . الطبعة الثالثة . مصر سنة ١٢٩٩ هـ .

« منحة الخالق » . وهى شرح على البحر لابن نجيم (أنظر فيما سبق) . ومطبوع على هامش البحر بمصر سنة ١٣٣٤ هـ فى ثمانية مجلدات .

« مجموعة رسائل » . الإستانة (؟) سنة ١٣٢٥ هـ .

السندی (١٢٥٧ هـ).

« طوالع الأنوار » . وهو شرح على الدر المختار (أنظر فيما سبق) .
المخطوط رقم ١٩٨٧ بمكتبة الرافعي بالأزهر . في ستة عشر مجلداً .

محمد أبو الفتح (١٢٩٤ هـ) .

« اتحاف الأبصار والبصائر » . وهو تبويب لكتاب ابن نجيم في الأشباه .
الاسكندرية سنة ١٢٨٩ هـ .

محمد علاء الدين عابدين (١٣٠٦ هـ) .

« قرة عيون الأخبار » . تكملة لرد المحتار (أنظر فيما سبق) . مصر سنة
١٢٩٩ هـ . في مجلدين .

علاء الدين الطرابلسي قاضي القدس .

« معين الحكام » . مصر سنة ١٣٠٠ هـ . الطبعة الأولى .

البغدادی (؟) .

« مجمع الضمانات » . مصر سنة ١٣٠٨ هـ . وقد جمعت فيه مسائل المسؤولية
التعاقدية وغير التعاقدية .

الفقه العملي

(١) الشروط :

الكاكي .

« الأمثلة الشرطية في تحرير الوثائق الشرعية » . مخطوط رقم ٣٨ وايضا رقم
١٧١٦ بدار الكتب .

درويش محمد بن أفلاطون .

« الصكوك الشرعية » . مخطوط رقم ١٠٥٩ بدار الكتب

أحمد بن عبد الغفار (حوالى سنة ١٠٥٠ هـ) .

« صكوك شرعية » . مخطوط رقم ٦٨٩ تيمور بدار الكتب .

(ب) الفتاوى :

سراج الدين الهمدى (٧٧٣ هـ) .

« الفتاوى السراجيه » . مخطوط رقم ٣٧٥٥ بمكتبة بلدية الاسكندرية .

داود بن يوسف الخطيب .

« الفتاوى الغياثية » . مصر سنة ١٣٢٢ هـ .

ابن نجيم (٩٧٠ هـ) .

« الفتاوى الزينية » . بهامش الفتاوى الغياثية المذكورة .

الحانوتى المصرى (١٠١٠ هـ) .

« الفتاوى الحانوتية » . مخطوط رقم ٢٩٤ بدار الكتب .

خير الدين الرملى (١٠٨١ هـ) .

« الفتاوى الخيرية » . جزآن فى مجلد . مصر سنة ١٣٠٠ هـ . الطبعة الثانية .

قدرى أفندى (١١٠٧ هـ) .

« واقعات المفتين » . مصر سنة ١٣٠٠ هـ . الطبعة الأولى .

أسعد المدني (١١١٦هـ).

« الفتاوى الأسعدية » ، المطبعة الخيرية سنة ١٣٠٩هـ . في مجلدين .

الكواكبي مفتي حلب (١١٣٧هـ) .

« فتاوى » . مخطوط رقم ٣١٣٢ بمكتبة بلدية الاسكندرية .

عبد الله أسعد .

« عدة أرباب الفتوى » . مصر سنة ١٣٠٤هـ .

ابن عابدين (١٢٥٢هـ) .

« العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية » . مصر سنة ١٢٣٠هـ . جزءان
في مجلد واحد . الطبعة الثانية .

محمد العباسي مفتي الديار المصرية (١٣١٥هـ) .

« الفتاوى المهدية » . مصر سنة ١٣٠١هـ . في سبعة مجلدات .

محمد كامل الطرابلسي مفتي طرابلس (١٣٢٠هـ) .

« الفتاوى الكاملة في الحوادث الطرابلسية » . مصر سنة ١٣١٣هـ .

(٢) ألفه المالكي

مالك ابن أنس .

« المدونة الكبرى » . رواية سخون . مصر سنة ١٣٢٣هـ . ستة عشر جزءاً
في ثمانية مجلدات . الطبعة الأولى .

محمد بن الحسن الشيباني .

« الموطأ » . مطبعة اليوسفي سنة ١٣٣٢ هـ . وهو رواية لمحمد عن مالك ويفيد في تحديد العلاقات بين المذهب المالكي والمذهب الحنفي .

المهدي بن تومرت (٥٢٤ هـ) .

« موطأ » . وهو تلخيص لموطأ مالك . الجزائر سنة ١٣٢٣ هـ . جزآن في مجلد واحد .

ابن رشد قاضي قرطبة (٥٢٠ هـ) .

« المقدمات » . مصر سنة ١٣٢٥ هـ . في مجلدين .

القرافي (٦٨٤ هـ) .

« الفروق » . مصر سنة ١٣٤٤ هـ . أربعة أجزاء في مجلدين .

ابن الشاط (٧٢٣ هـ) .

« ادرار الشروق » . شرح على الفروق المذكور ومطبوع معه .

ابن جزى (٧٤١ هـ) .

« القوانين الفقهية » . تونس سنة ١٣٤٤ هـ .

القفصي (٧٣٦ هـ) .

« لباب اللباب » . تونس سنة ١٣٤٦ هـ .

الشاطبي (٧٩٠ هـ) .

« المواقفات » . تونس سنة ١٣٢٠ هـ .

ابن عاصم (٥٨٢٩) .

« التحفة » . مصر سنة ١٣٤٤ هـ . في مجلدين .

التاودي .

« شرح » . على التحفة المذكورة ومطبوع معها .

التسولي .

« البهجة » . شرح آخر مطبوع معها كذلك .

محمد بن فرحون .

« تبصرة الحكام » . مصر سنة ١٣٠٢ هـ . في مجلدين .

الكناني .

« العقد » . بهامش التبصرة المذكورة .

الدردير .

« الشرح الصغير » . مع حاشية الصاوي (انظر فيما يلي) . مصر سنة ١٣١٠ هـ في مجلدين .

« الشرح الكبير » . مع حاشية عرفه الدسوقي . مصر سنة ١٣٠٩ هـ . في اربعة مجلدات .

الصاوي .

« بلغة السالك » . حاشية على الشرح الصغير للدردير (انظر فيما سبق) .

عرفه الدسوقي .

« حاشية » . على الشرح الكبير للدردير (انظر فيما سبق) .

الزرقاني (محمد) .

« شرح » . على موطأ مالك . مصر سنة ١٣١٠ هـ . في أربعة مجلدات .

الزرقاني (عبد الباقي) .

« شرح » . على مختصر سيدي خليل . مصر سنة ١٣٠٧ هـ . في ثمانية مجلدات .

البناني .

« حاشية » . على عبد الباقي الزرقاني المذكور ومطبوعة معه .

الخرشي (١١٠١ هـ) .

« شرح على مختصر خليل » . مصر سنة ١٣١٧ هـ . ثمانية أجزاء في أربعة مجلدات . الطبعة الثانية .

على العدوي .

« حاشية » . على شرح الخرشي المذكور .

أحمد بن محمد الملاوي (حوالي ١٢٠٠ هـ) .

« تحفة القضاة ببعض مسائل الرعاة » . باريس سنة ١٩٠٩ م .

الوانشريسي .

« المعيار » . فاس سنة ١٣١٥ هـ . في اثني عشر مجلداً .

السجلماسي .

« النوازل » . فاس سنة ١٣١٨ هـ .

السجلماسي (عبد الله) (حوالي ١٢٠٠ هـ) .

« فتح الجليل أو العمليات العامة » . تونس سنة ١٢٩٠ هـ .

عليش (محمد) (١٢٩٠ هـ) .

« فتح العلي المالك » . مصر سنة ١٣٠٠ هـ . في مجلدين .
« شرح منح الجليل » . وهو شرح على مختصر خليل . مصر سنة ١٢٩٤ هـ
في أربعة مجلدات .

(٣) الفقه الشافعي

الشافعي .

« الأم » . مصر سنة ١٣٢١ هـ . سبعة اجزاء في أربعة مجلدات . وقد طعن
في صحة نسبه للشافعي .
« مسند » . مصر سنة ١٣٢٧ هـ .

المزني .

« مختصر » . بهامش الأم (انظر فيما سبق) .

الغزالي .

« الوجيز » . مصر سنة ١٣١٧ هـ . في مجلدين .

الشيرازي (٤٧٦ هـ) .

« المذهب » . مصر سنة ١٣٤٣ هـ . جزآن في مجلد واحد .

باعلوي (٥٤٢ هـ) .

« بغية المسترشدين » . مصر سنة ١٣٠٩ هـ .
« غاية تلخيص المراد » . بهامش البغية المذكورة .

البرزالي (٥٧٣٩هـ).

«معرفة الشروط المتداولة بين الناس». مخطوط رقم ٤٧٥، تيمور بدارالكتب.

ابن حبيب الحلبي (٥٧٧٩هـ).

«كشف المروط عن محاسن الشروط». مخطوط رقم ٦٩٩، تيمور بدار الكتب.

السيوطي (٥٩١١هـ).

«الاشباه والنظائر في الفروع». مكة سنة ١٢٣١هـ.

ابن حجر (٥٩٧٤هـ).

«الفتاوى الكبرى». مصر سنة ١٣٠٨هـ. في أربعة مجلدات.
«تحفة المحتاج». شرح على المنهاج. مصر سنة ١٣٠٤هـ. في ثمانية مجلدات.

الرملي (١٠٠٤هـ).

«فتاوى». بهامش الفتاوى الكبرى لابن حجر (أنظر فيما سبق).
«نهاية المحتاج». وهو شرح على المنهاج. مصر سنة ١٣٠٤هـ. ثمانية أجزاء في خمسة مجلدات.

الرشيدى.

«حاشية». على نهاية المحتاج المذكورة ومطبوعة بهامشها.

مؤلف مجهول.

«حدود فقهية». وهي عبارة عن مجموعة تعاريف مأخوذة عن الرملى شرح المنهاج. مخطوط رقم ٧٤٤ بمكتبة زكى باشا.

على باصيرى (١٢٦٠ هـ) .

« ائمة العينين » . بهامش كتاب باعلوى (انظر فيما سبق) .

عز الدين بن عبد السلام .

« قواعد الأحكام في مصالح الانام » . مخطوط رقم ١ ش بدار الكتب .
وقد طبع حديثاً بمصر .

البرماوى .

« حاشية » . على شرح الغاية لابن قاسم الغزى وهذا الكتاب الأخير
شرح على أبى شجاع . مصر سنة ١٣١٩ هـ .

البيجورى .

« التجريد » . مصر سنة ١٣٠٩ هـ . فى أربعة مجلدات . الطبعة الثالثة .

السقاف .

« ترشيح المستفيدين » . مصر سنة ١٣٣٠ هـ .

الشرقاوى .

« حاشية » . على التحرير للأصارى . مصر سنة ١٣٠٥ هـ . فى مجلدين .

القزوينى .

« الحيل فى الفقه » . طبع شخت هانوفر سنة ١٩٢٤ م .

الغزالى .

« المستصنى » . فى الأصول . مصر سنة ١٣٢٢ هـ . فى مجلدين .

(٤) الفقه الحنبلي .

أحمد بن حنبل .

« مسند » . مصر سنة ١٣١٣ هـ . في ستة مجلدات .

ابن قدامة (٥٦٣٠ هـ) .

« المغني » . مصر سنة ١٣٤٧ هـ . في اثني عشر مجلداً . الطبعة الثانية .

المقدسي (٦٨٢ هـ) .

« الشرح الكبير » . في اثني عشر مجلداً . مطبوع مع المغني المذكور .

ابن تيمية (٧٢٨ هـ) .

« فتاوى » . مصر سنة ١٣٢٨ هـ . في خمسة مجلدات .

« القياس » . مصر سنة ١٣٤٦ هـ .

« السياسة الشرعية » . مصر سنة ١٣٢٢ هـ .

ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) .

« اعلام الموقعين » . مصر سنة ١٣٢٥ هـ . في ثلاثة مجلدات . وتوجد

أيضاً طبعة ثانية أربعة أجزاء في مجلدين .

« الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية » . مصر سنة ١٣١٧ هـ .

أبو عبد الله محمد (٧٦٣ هـ) .

« الفروع » . مصر سنة ١٣٣٩ هـ . في ثلاثة مجلدات .

ابن رجب (٧٩٥ هـ) .

« القواعد الفقهية » . مخطوط رقم ١١ بمكتبة الأزهر . وتوجد نسختان أخريان

بدار الكتب وهما المخطوطان ٧١١ و ٧١٢ أصول وصورة فتوغرافية
لنسخة الأزهر . وقد تم أخيراً طبع هذا الكتاب بمصر .

منصور بن إدريس .

« كشف القناع » . مصر سنة ١٣١٩ هـ . أربعة أجزاء في ثلاثة مجلدات .

عبد القادر الشيباني (حوالى سنة ١١٠٠ هـ) .

« نيل المآرب » . مصر سنة ١٢٨٨ هـ . جزآن في مجلد واحد .

(٥) فقه الشيعة

(١) الشيعة الإمامية :

العاملى (١٢٢٦ هـ) .

« مفتاح الكرامة » . مصر سنة ١٣٢٣-١٣٢٦ هـ . ولم يتم بعد طبع جميع
الأجزاء .

أبو المعالى .

« رسائل » . سنة ١٣١٧ هـ .

أسد الله .

« مقابس الأنوار » . طبع الهند سنة ١٣٢٢ هـ .

النجفى .

« جواهر الكلام فى باب العقود » . طبع سنة ١٣٢٢ هـ .

الصيمرى .

« جواهر الكلمات فى العقود والايقاعات » . مخطوط رقم ٦ بمكتبة الازهر .

(ب) الشيعة الزيدية :

أبو الحسين زيد بن على .

« مجموع الفقه » . طبع جريفيى . ميلانو سنة ١٩١٩ م .

عبد الله بن مفتاح (٨٧٧ هـ) .

« المنتزع المختار » . مصر سنة ١٣٣٢ هـ . فى أربعة مجلدات .

(٦) فقه الإباضية

محمد أطفيش .

« شرح النيل وشفاء العليل » . مصر سنة ١٣٤٣ هـ . فى عشر مجلدات .

ضياء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ هـ) .

« النيل » . مع الشرح المذكور .

السالى .

« جوهر النظام فى على الأديان والأحكام » . مصر سنة ١٣٤٤ هـ .

(٧) المذاهب المقارنة

الدبوسي (١٤٣٠ هـ) .

« تأسيس النظر » . مصر (٩) .

ابن هبيرة (١٥٦٠ هـ) .

« الأفضاح » . حلب سنة ١٣٤٧ هـ . ان هذا الكتاب في الفقه الحنبلي الا انه يعطى معلومات عن المذاهب الأربعة في نفس الوقت .

الشمراي (١٩٧٣ هـ) .

« الميزان الكبرى » . مصر سنة ١٣١٧ هـ . في مجلدين . الطبعة الثانية .

الدمشقي .

« رحمة الامة » . بهامش الميزان الكبرى المذكورة .

الطبري (١٣١٠ هـ) .

« اختلاف الفقهاء » . طبع كرن مصر سنة ١٩٠٢ م وطبع شخت مصر سنة ١٩٣٣ م .

(٨) العلوم الإسلامية

(١) اصول الفقه :

السرخسي .

« أصول » . مخطوط رقم ٢٠ بدار الكتب .

البزدوى .

« أصول » . الاستانة سنة ١٣٠٧ هـ . أربعة اجزاء فى مجلدين .

عبد العزيز البخارى .

« كشف الاسرار » . وهو شرح على البزدوى المذكور ومطبوع بهامشه .

اما كتب الاصول فى غير المذهب الحنفى فقد ورد ذكرها مع كتب الفقه فيما سبق .

(ب) علم الفرائض :

العباسى (١٣٠٠ هـ) .

« الفرات الفائض » . مصر سنة ١٣٠٣ هـ .

(ج) الحديث

البخارى .

« صحيح » . طبع مصر فى تسعة مجلدات .

القسطلانى .

« ارشاد » . مصر سنة ١٣٠٧ هـ . فى عشر مجلدات .

المتقى الهندى .

« منتخب كنز العمال » . مصر سنة ١٣١٣ هـ . فى ستة مجلدات .

الصنعمانى (١١٨٢ هـ) .

« سبل السلام » . طبع مصر . أربعة اجزاء فى مجلدين .

الشوكاني (١٢٥٥ هـ).

« نيل الأوطار » . مصر سنة ١٣٤٤ هـ . الطبعة الثانية .

(د) التفسير :

الالوسي .

« روح المعاني » . مصر سنة ١٣٠١ هـ . في تسعة مجلدات .

الرازي .

« مفاتيح الغيب » . مصر سنة ١٣٠٨ هـ . في ثمانية مجلدات .

(هـ) علم الكلام والمنطق :

ابن الحاج (٧٣٧ هـ) .

« المدخل » . مصر سنة ١٣٢٠ هـ .

أبو البقا .

« الكليات » . مصر سنة ١٢٨١ هـ .

« هوابط الفقه » . مخطوط رقم ١٠٤٠ بدار الكتب .

علي بن محمد الجرجاني .

« شرح المواقف » . للإيجي . مصر سنة ١٢٦٦ هـ .

التفتازاني .

« شرح علي متن مقاصد الطالبين » . الاستانة سنة ١٢٧٧ هـ .

أبو حنيفة .

« الفقه الأكبر في التوحيد » . مصر سنة ١٣٢٤ هـ . الطبعة الثانية .

« وصية لابي يوسف » . مخطوط رقم ٦٨٤ بدار الكتب .

(٩) الطبقات - الفهارس

ابن النديم (٣٨٥ هـ) .

« فهرست » . مصر سنة ١٣٤٨ هـ .

ابن قطلوبغا (٨٧٩ هـ) .

« تاج التراجم في طبقات الحنفية » . طبع فلوجل . ليبرج سنة ١٨٦٢ م .

الفيروز آبادي (٨١٧ هـ) .

« طبقات الحنفية » . مخطوط رقم ١٤١٧ تيمور بدار الكتب .

طاش كبرى زاده (٩٦٢ هـ) .

« مفتاح السعادة » . حيدر آباد سنة ١٣٢٩ هـ . في مجلدين .

قنالى زاده .

« رسالة في طبقات مسائل مذهب ابي حنيفة » . مخطوط رقم ١٤٦ م بدار الكتب

التميمي (١٠٠٥ هـ) .

« الطبقات » . مخطوط رقم ٥٤٠ تيمور بدار الكتب . في أربعة مجلدات .

ابن كمال باشا .

« طبقات الحنفية » . مخطوط رقم ١٥١٢ تيمور بدار الكتب .

اللكنوي الهندي (حوالي ١٣٠٠ هـ) .

« الفوائد البهية » . مصر ١٣٢٤ هـ .

ملا كاتب جلبي .

« كشف الظنون عن اسامى الكتب والفنون » . فى مجلدين . الاستانه
سنة ١٣١١ هـ .

(١٠) فى التاريخ والقانونه العام

ابن خلدون .

« المقدمة » . مصر سنة ١٣٢٢ هـ .

ابن قتيبة .

« عيون الأخبار » . مصر سنة ١٩٢٥ م .

البغدادى (٤٦٣ هـ) .

« تاريخ بغداد » . مصر سنة ١٣٤٩ هـ . فى أربعة عشر مجلداً .

الكندى .

« القضاة » . طبع جوتيل . باريس سنة ١٩٠٨ م .

المأوردى .

« الأحكام السلطانية » . مصر سنة ١٢٩٨ هـ .

المقرئزى .

« النقود الإسلامية » . الاستانة سنة ١٢٩٨ هـ .

القلقشندى .

« صبح الأعشى » . مصر سنة ١٩١٣ م . فى أربعة عشر مجلداً .



(ب) التآليف الحديثة



(١) التقنيات وسرومها

« المجلة العدلية » . الطبعة الثانية . الاستانة سنة ١٢٩٨ هـ .

نجيب بك هواوينى .

« المجلة أو جامع الأدلة » . لبنان سنة ١٩٠٥ م .

سليم بن رستم باز .

« شرح المجلة » . طبعة ثانية . بيروت سنة ١٨٩٨ م .

مسمود افندي ويوسف آصاف .

« مرآة المجلة » . مصر سنة ١٨٩٤ م . في مجلدين .

على حيدر .

« درر الحكم » . ترجمة فهمي الحسيني . غزة سنة ١٢٥١ هـ . في اثني عشر مجلداً .

المحاسني

« شرح المجلة » . دمشق سنة ١٩٢٧ م .

الغزى .

« الأدلة » . دمشق سنة ١٩١٩ م .

السويدي .

« كتاب الشركة » . بغداد سنة ١٩٢٢ م .

« الوكالة » . بغداد سنة ١٩٢٣ م .

ميخائيل عيد البستاني .

« مرجع الطلاب » . بيروت سنة ١٩١٤ م .

محمد قدرى باشا .

« مرشد الخيران » . الطبعة الثانية سنة ١٨٩١ م . و « مواد مكلمة » طبعت في

سنة ١٩٠٩ م . والطبعة الثالثة سنة ١٩٠٩ م بمصر .

محمد حافظ صبرى .

« المقارنات والمقابلات » . يقارن فيه بين التشريعين الاسلامى والعبرى
والقوانين الحديثة . مصر سنة ١٩٠٢ م .

سعيد عبد الغفار .

« أسرار المعاملات » . فى الشريعة والقوانين المصرية . مصر سنة ١٣٢٧ هـ
فى مجلدين .

محمد زيد الايائى بك ومحمد سلامه .

« شرح مرشد الحيران » . ظهر منه الجزء الاول فقط . مصر سنة ١٩٠٨ م

أبو الفتح بك .

« المعاملات » . مصر سنة ١٩٢٣ م . فى مجلدين . الطبعة الثانية .

« مختصر » . مصر سنة ١٩١٦ م .

أحمد ابراهيم بك .

« مذكرات فى المعاملات » . مصر سنة ١٩٠٩ م .

« طرق القضاء » . مصر سنة ١٣٤٧ هـ .

« أحكام الأحوال الشخصية » . الجزء الاول . مصر سنة ١٩٢٥ م .
الطبعة الاولى .

محمد زيد الأياني بك .

- « مباحث الوقف » . مصر سنة ١٩٢٤ م . الطبعة الثالثة .
« شرح الأحكام الشرعية » . مصر سنة ١٩٢٤ م . في ثلاثة مجلدات . الطبعة
الرابعة .
« الولاية » . مذكرات دكتوراه لسنة ١٩٢٩ — ١٩٣٠ م .
« مختصر المرافعات الشرعية » . مصر سنة ١٩٢٥ م .

(٢) دراسات فحاصنة

أحمد عفيفي .

- « المباحث الجلية في أحكام المدة الطويلة » . مصر سنة ١٣٠٧ هـ .

أحمد إبراهيم بك

- « تخالف القضاء والديانة » . منشور بمجلة كلية الحقوق السنة الثالثة العدد
الأول ص ٤ — ١٠ . « مدى استعمال الحق » . بالمجلة المذكورة السنة
الثانية العدد الثالث ص ٣ — ٩ . « في الغبن » . السنة الثالثة العدد الثاني ص
١١٠ — ١١٧ . « تخصيص القضاء » . السنة الثانية العدد الثاني ص ٣ — ١١ .
« الزواج المدني » . السنة الثانية العدد الأول ص ٦ — ٩ . « عدم التقيد
بمذهب معين » . السنة الأولى العدد الأول ص ١ — ٥ . « التزام التبرعات » ،
مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية والسنة الثالثة . « العقود والشروط
والخيارات » . مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس .
وبوجه عام جميع مقالات الاستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك التي نشرت
بالمجلة المذكورة .

(٣) مؤلفات عربية أخرى

الخضري .

« أصول الفقه » . مصر سنة ١٣٢٩ هـ .

أبو الفتح بك .

« المختارات الفتحية » . مصر سنة ١٩٢٤ م . الطبعة الرابعة .

محمد حسنين مخلوف .

« بلوغ السؤل في مدخل علم الأصول » . مصر سنة ١٣٥٢ هـ .

أحمد إبراهيم بك .

« مصادر الفقه » . مجلة القانون والاقتصاد . السنة الأولى العدد الثاني

ص ١٨٥ -- ٢١٣ .

الخضري .

« تاريخ التشريع » . مصر سنة ١٩٢٦ م . الطبعة الثانية .

على بدوي .

« في تاريخ الشرائع » . مجلة القانون والاقتصاد ص ٣٢٣ — ٣٥٢ .

« مكانة الشريعة » ، منشورة بالمجلة المذكورة السنة الأولى ص ٧٣١ — ٧٣٩ .

أجناز جولديهر .

« المبادئ التشريعية » . ترجمة حسين فؤاد . منشورة بمجلة كلية الحقوق

السنة الثانية ص ٩ — ١٤ ورد الأستاذ أحمد إبراهيم بك ص ١٤ — ٢١.

هـ . لامنس .

« الفقه الاسلامى » . مجلة المشرق السنة الحادية والثلاثون (١٩٣٣م)
الأعداد ١ — ٥ . و « الحيل والمخارج » . بالمجلة المذكورة سنة ١٩٣١م
ص ٦٤١ — ٦٤٦ .

« كتاب الفقه على المذاهب الأربعة » . العبادات مصر سنة ١٩٣١م .

على عبد الرازق .

« الاسلام وأصول الحكم » . مصر سنة ١٩٢٥ م . ورد هيئة كبار العلماء
على هذا الكتاب .

محمد عبده .

« رسالة التوحيد » . الطبعة الأولى . مصر سنة ١٣١٥ هـ .

محمد صالح .

« الفكر الاقتصادى العربى » . مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية
ص ٣٨٥ — ٤١٠ والسنة الثالثة العدد الثالث .

(ح) المؤلفات الغربية

(١) في الاسلام : نظم وتاريخ

A. J. WENSINCK.

" The Muslim creed ". Cambridge, 1932.

H. LAMMENS S. J.

" L'Islam. Croyances et Institutions ". Beyrouth, 1926.

E. J. BOLUS.

" The influence of Islam ". London, 1932.

I. GOLDZIHHER.

" Le dogme et la loi de l'Islam ". Trad. F. ARIN, Paris, 1920.

G. H. BOUSQUET.

" Observations générales sur l'Islam ". Rev. Algérienne, 48ème année, Janv.-Fév. 1932, pp. 20 - 29.

GAUDEFROY-DEMOBYNES

" Les institutions musulmanes ". Nelle édit. Paris, 1931.

E. LEVY-PROVENÇAL.

" L'Espagne musulmane au Xe siècle ". Paris, 1932.

LOUIS HALPHEN.

" Des grandes invasions aux conquêtes turques du XIe siècle ". Paris, 1926.

CL. HUART.

" Histoire des Arabes ". Paris, 1912, 2 Vol.

ARMINJON P.

" L'enseignement, la doctrine et la vie dans les universités musulmanes d'Egypte ". Paris, 1907.

AHMAD IBRAHIM ET ALI BADAWI.

“ Les relations ethnologiques et historiques des Religions et du Droit ”. Revue Al-Qanun, 11^{ème} année, pp. 197-214.

“ Encyclopédie de l'Islam ”. Leyde.

(٢) عموميات عن الشريعة الإسلامية

ASAF A. A. FYZEE.

“ An introduction to the study of Mahomedan Law ”. Oxford, 1931.

M. MORAND.

“ Introduction à l'étude du droit musulman algérien ”. Alger, 1921.

C. SNOUCK-HURGRONJE.

“ Le droit musulman ”. Rev. d'Hist. des Religions. T. 37, No. 1, pp. 1-22 et No. 2, pp. 174-203.

E. LAMBERT.

- “ La fonction du droit civil comparé ”. T. I, Paris, 1903.

SAYVAS PACHA.

“ Etude sur la théorie du droit musulman ”. T. I, Paris, 1892. T. II, 1898.

“ Le droit musulman expliqué. Réponse à M. Goldziher ”. Paris, 1896.

“ Le tribunal musulman ”. Paris, 1902.

MIRZA KAZEM BEG.

“ Notice sur la marche et le progrès de la jurisprudence parmi les sectes orthodoxes musulmanes ”. Journal Asiatique. T. XV Fév.-Març 1850, pp. 158 - 214.

R. K. WILSON.

"An introduction to the study of Anglo-Muhammedan Law".
London, 1894.

ABDESSALAM BEN CHOAIB.

"L'esprit de la philosophie du droit musulman". Tlemcen
1901.

RIAD GHALI.

"De la Tradition considérée comme source du droit
musulman". Paris, 1909.

E. PIOLA CASELLI.

"Notice bibliographique sur un ouvrage du Prof. Evaristo
Carusi sur les rapports entre le droit romain et le droit
musulman". Rev. Egypte Contemporaine, No. 19, Mai 1914,
pp. 439-442.

SANTILLANA.

"Law and Society". in Th. Arnold and Alfred Guillaume
(editors), "The Legacy of Islam". Oxford, 1931.

L. MILLIOT.

"Le mouvement des études juridiques musulmanes en France".
Rev. Algérienne, 1922-1923, pp. 103-110.

"Marcel Morand". Rev. Algérienne, 48ème année, 1932,
pp. 1-19.

D. B. MACDONALD.

"Development of Muslim Theology, Jurisprudence and
Constitutional theory" New-York, 1926.

P. HUVELIN.

"Les travaux récents sur l'histoire de la lettre de change".
Annales de Droit Commercial, 1901, pp. 1-30.

O. PESLE.

"Le réalisme du droit musulman". Rev. Algérienne, Oct.
1934.

(٣) فهراس

HUGUES.

انظر تحت كلمة «Fiqh» قائمة بالكتب الفقهية. " Dictionary of Islam ".

PFANMÜLLER.

" Handbuch der Islam-Literatur ". Berlin, 1923.

J. SCHACHT.

" Aus Orientalischen Bibliotheken ". III, Berlin, 1931.

BROCKELMANN.

" Arabische Grammatik ". Berlin, 1925.

J. HUGUET.

" Sur le kitab an-nil ". Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie. Paris, T. IV, 5ème série, pp. 381-391, année 1903.

EUGENIO GRIFFINI BEY.

" Catalogo dei libri a stampa ed elenco sommario dei mss. dal Dr. Griffini legati alla Biblioteca Ambrosiana ". composé par A. CORDOZZI. Milan, 1926.

DOZY.

" Catalogus Codicum Orientalium bibliothecae academiae Lugduno Bataviae ". Vol. IV, par LONG et DE GOEJE.

DE SLANE.

" Catalogue des Mss. Arabes de la Bibliothèque Nationale ". 3 fasc. Paris, 1883-1895.

CH. RIEU.

" Supplement to the catalogue of the Arabic Manuscripts in the British Museum ". London, 1894.

N AHLWARDT.

" Die Handschriften - Verzeichnisse der Königlichen Bibliothek

zu Berlin". VII Buch : Jurisprudenz.

E. VAN DYCK والبيلاوى .

، اكتفاء القنوع ، . القاهرة سنة ١٨٩٦ م .

(٤) كتب فى الفقه الانوسلرمى

(١) الفقه الحنفى :

SYED AMEER ALI.

" Mahommedan Law ". Calcutta, 1892, 2ème édit. 2 vol.

ABDUR-RAHMAN.

" Institutes of Mussalman Law. A treatise on Personal Law ".
وهو ترجمة لكتاب ، قدرى باشا ، فى الأحوال الشخصية .

Calcutta, 1907.

M. DU CAURROY.

" Législation musulmane sunnite. Rite hanéfi ". Paris, 1848.

N. B. E. BAILLIE.

" A Digest of Moohummudan Law ". London, 1875, 2ème édit.

(ب) الفقه المالكى :

E. ZEVS.

" Traité élémentaire de droit musulman algérien ". Alger, 1885
2 vol.

F. H. RUXTON.

" Maliki Law ". London, 1916.

V. MEYSONNASSE.

" Code Civil Musulman ". Paris, 1898.

M. MORAND.

بالآلة الكاتبة " Cours de droit musulman ".

(ح) الفقه الشافعي :

TH. W. JUYNBOLL.

" Manuale di diritto Musulmano secondo la dottrina della scuola sciafeita ". Milan. 1916.

(د) فقه الشيعة :

A. QUERRY.

" Droit musulman ". Paris, 1871, 2 vol.

N. B. E. BAILLIE.

" A digest of Moohummudan Law ". Part II containing the doctrines of the Imamea Code. London, 1887.

N. DE TORNAUW.

" Le droit musulman exposé d'après les sources ". Trad. ESCHBACH. Paris, 1860.

(هـ) فقه المذاهب المختلفة معاً :

ABDUR-RAHIM.

" I principi della giurisprudenza musulmana secondo le scuole hanafita, malekita, sciafeita e hanbalita ". Trad. GUIDO CIMINO, Roma, 1922.

L. W. C. VAN DEN BERG.

" Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Chafii ". Trad. FRANCE DE TERSANT et M. D'AMIENS. Alger, 1896.

D. SANTILLANA.

“ Istituzioni di diritto musulmano Malichita con riguardo anche al sistema Sciafiita ”. Vol. I, Rome, 1926.

SEYMOUR VESEY-FITZGERALD.

“ Muhammadan Law. An abridgement according to its various schools ”. Oxford, 1931.

STANDISH GROVE GRADY.

• “ A manual of the Mahomedan Law of inheritance and contract, containing the doctrines of the soonee and sheea schools ”. London, 1869.

CH. GILLOTTE.

“ Traité de droit musulman ”. Constantine, 1860, 2ème édit.
وهو في المذهب المالكي والحنفي

(و) كتب غير معينة المذهب :

A. SABATERY.

“ Eléments de droit musulman ”. Alger, 1867.

LORENZO BLASI.

“ Istituzioni di Diritto Musulmano ”. Città di Castello, 1914..

L. LANGLARD.

“ Leçons de droit musulman ”. Pondichéry, 1887.

V. SADAGOPAH CHARLOO.

• “ A Manual of Mohamadan Civil Law ”. Madras. 1861, 2ème édit.

W. H. MACNAGHTEN.

“ Principles of Hindu and Mohammadan Law ”. London. 1885, 9ème édit.

R. K. WILSON.

“ A digest of Anglo-Muhammadan Law ”. London, 1895.

J. PHARAON ET T. DULAU.

“ Droit Musulman ”. Paris, 1839.

(٥) في تطبيق الشريعة الإسلامية

L. J. BRESNIER.

“ Chrestomathie arabe ”. Alger, 1871, 2ème édit.

G. MARCY.

“ Des obligations en droit coutumier zemmour ”. Rev. Algérienne, 48ème année, 1932, pp. 141-158 et Nos. suivants.

P. ANTONIN JAUSSEN.

“ Coutumes des Arabes au pays de Moab ”. Paris, 1908.

SALZE (?).

“ Variétés : Jurisprudence, coutumes et usages des Egyptiens modernes ”. in Courrier de l'Egypte وهي الجريدة التي أصدرتها حملة 30 Floréal, IXème année de la République. Nos 114, 115, 116. A la Citadelle du Kaire, de l'Imprimerie Nationale.

“ Description de l'Egypte ”. Par un groupe de savants français. وضعها العلماء الذين صحبوا حملة بوناپرت.

L. MILLIOT.

“ Recueil de Jurisprudence chérifienne ”. Paris, 1920 - 1924, 3 vol.

CH. CARDAHI.

“ Le droit des pays sous mandat français en Orient ”. Bulletin de la Soc. de Lég. Comp. 1925, Nos 7-8-9, pp. 263-285.

E. CLAVEL.

“ Revue Internationale de législation et de jurisprudence musulmane ”. 1ère année, Paris, 1895 - 1896. وقد انقطع صدورها بعد السنة الأولى.

(٦) الأوراق البردية العربية

ADOLF GROHMANN.

" Arabic Papyri in the Egyptian Library. Protocols and legal texts ". 3 vol. Cairo, 1932. وهي نسخة مأخوذة بالفتوغرافيا وموجودة بدار الكتب .

" Aperçu de papyrologie arabe ". *in* Etudes de papyrologie. Bulletin de la Société Royale Egyptienne de Papyrologie. T. I, Le Caire, 1932, pp. 23 - 95.

" Arabische Urkunden aus den Koeniglichen Museen zu Berlin ".

P. CASANOVA.

" Note sur les papyrus arabes du Musée Egyptien ". Annales du Service des Antiquités de l'Egypte. T. IX, Le Caire, 1908, 3ème fas. 193 - 203.

(٧) نقبانات

M. MORAND.

" Avant-projet de Code présenté à la Commission de Codification du Droit Musulman algérien ". Alger, 1916.

" Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc ". T. I, Paris. 1914.

(٨) دراسات خاصة في الشريعة الإسلامية

M. MORAND.

" Etudes de droit musulman algérien ". Alger, 1910.

“ Etudes de droit musulman et de droit coutumier berbère ”.
Alger, 1931.

SIM. TOLEDO.

“ Analyse de la théorie des contrats et obligations en Droit civil ottoman ”. Thèse, Paris, 1915.

G. G. C. VAN DEN BERG.

“ Diritto Musulmano. De Contratti « do ut des » ”. Trad. GATTESCHI. Alexandrie, 1877.

M. MORAND.

“ De quelques particularités du droit musulman des obligations ”. Bulletin de la Soc. Lég. Comp. 1929, Nos 4-5-6 pp. 360 - 378.

A. CHERON ET M. SADEK FAHMY BEY.

“ Le transport de dette dans les législations européennes et en droit musulman ”. Egypte Contemporaine, T. XXII, pp. 37-66 et 137-190. Le Caire, 1931.

CH. CARDAHI.

“ Le projet de code des obligations du Liban (ses attaches avec le passé . . .) ”. Bulletin de la Soc. Lég. Comp. 60ème année, 1931, pp. 611-684.

BENALI FEKAR.

“ L'usure en droit musulman et ses conséquences pratiques ”. Paris, 1908.

Z. A. RIFAÏ.

“ Le consentement et les vices du consentement en droit musulman hanafite ”. Thèse, Nancy, 1933.

O. PESLE.

“ Le contrat de Safqa au Maroc ”. Rabat, 1932.

E. TYAN.

“ Le système de la responsabilité délictuelle en droit musulman ”. Thèse, Lyon, 1926.

M. FATHY.

“ La doctrine musulmane de l'abus des droits ”. Paris, 1913.

F. M. GOADBY.

“ Notes on the Law of Delicts in the Mejlle ”. Egypte Contemporaine, 1924, Nos 81-82, pp. 493-509.

ABDEL HAMID MOUSTAPHA BEY.

“ De la faute objective comme fondement de la responsabilité civile et de sa preuve ”. Egypte Contemporaine, 1913, No. 16 pp. 535 - 560.

ABDEL HAMID BADAWI BEY.

“ Du principe qu'en droit musulman la succession n'est ouverte qu'après acquittement des dettes ”. Egypte Contemporaine, 1914, No. 17, pp. 14-51.

CH. CARDAHI.

“ La copropriété ”. Revue Critique de Législation et de Jurisp. T. 50e, 1930, pp. 304-359 ; “ Théorie générale des actions en droit musulman ”. Bull. de Lég. Comp. 1929, pp. 379-399 ; “ Les sûretés réelles et la vente forcée ”. Bull. Lég. Comp. 1929 pp. 563-594 ; “ La possession en droit ottoman ”. Rev. Crit. 1926, pp. 201-238 ; “ Le droit civil des pays sous mandat français. . . dans ses rapports avec la législation religieuse ”. Revue de Droit International Privé, 1933, pp. 443-463.

F. MARNEUR.

“ Essai d'une théorie de la preuve en droit musulman ”. Paris, 1910.

“ La Chefa ”. Paris, 1910.

MOHAMED ABDEL GAWAD.

“ L'exécution testamentaire en droit musulman ”. Paris, 1926.

MOHAMED SADEK FAHMY.

“ Traité théorique et pratique des preuves en Droit civil comparé ”. Paris, 1924.

N. P. AGHNIDES.

“ Mohammedan Theories of Finance with an introduction to Mohammedan law and a Bibliography ”. New-York, 1916.

W. HEFFENING.

“ Das islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch — fränkischen Staatsverträgen ”. Hanovre, 1925.

C. A. NALLINO.

“ Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita ”. Extr. Rev. Oriente Moderno, Rome, 1927.

Y. L. DE BELLEFONDS.

“ Des donations en droit musulman ”. Le Caire, 1935.

(٩) تراجم

(١) مؤلفات حنفية :

IWAN DIMITROFF.

“ Al-Gami as-saghir. ABU ABDALLAH MUHAMMAD IBN AL-HASAN ASCH-SHAIBANI und sein corpus juris « al gami as-sagir » ”. Berlin, 1908.

CH. HAMILTON.

“ The Hedaya or Guide ”. London, 1791, 2 vol.

H. SAUVAIRE.

“ Le Moultaqa El Abheur, avec commentaire abrégé du Madjma el anheur ”. Marseille, 1882.

G. YOUNG.

“ Corps de droit Ottoman ”. Oxford, 1905, 7 vol. وجاءت ترجمة
المجلة في المجلد السادس .

ARISTARCHI BEY.

“ Législation Ottomane ”. Constantinople, 1873, 6 vol. بالمجلد السادس ترجمة ناقصة للجنة.

ABDUL AZIZ KAHIL BEY.

“ Statut Réel de MOHAMMAD KADRI PACHA ”. Le Caire, 1893.

(ب) مؤلفات مالكية :

HOUDAS ET MARTEL.

“ La Tohfat d'EBN ACEM ”. Alger, 1882.

MERAD BEN ALI OULD ABDEL KADER.

“ La lamia ou Zaqqaqia du jurisconsulte marocain ZAQQAQ ”. Revue Alg. 1925 et 1926.

PERRON.

“ Précis de Jurisprudence musulmane suivant le rite malékite ”. Paris, 1854, 6 vol. et une table.

N. SEIONETTE.

“ Code Musulman par KHALIL ”. Nouvelle édition, Paris, 1911.

FRANCIS QUAY.

“ Formulaire des actes juridiques de SIDI MOHAMMED BEN AHMED BEN HAMDOUN dit « FERAOUN » ”. Rev. Alg. 1932 et 1933.

D. SANTILLANA.

“ Il Muhtasar o sommario del diritto malechita di HALIL IBN ISHAQ ”. Vol. II. Diritto civile. Milan, 1919.

(ح) مؤلفات شافعية :

L. W. C. VAN DEN BERG.

“ Minhadj at-talibin. Le guide des zélés croyants ”. Batavia, 1882, 3 vol.

S. KEIJZER.

“ Précis de jurisprudence musulmane selon le rite chaféite par ABOU CHODJA. ” Leyde, 1859.

E. SACHAU.

“ Muhammedanisches Recht Nach Schafiitischer Lehr. Arabischer Texte des ABU-SUGA ”. Berlin, 1897.

JUYNBOLL.

“ Jus Shafiiticum. At-tanbih, auctore ABU ISHAK AS-SHIRAZI ”. Lugduni Batavorum, 1879.

(د) في الخلافات ، والحديث ، والقانون العام :

PERRON.

• “ EL CHARANI. Balance de la Loi musulmane ”. Alger, 1898.

F. PELTIER.

“ Le livre des ventes du Çahih d'EL BOKHARI ”. Alger, 1910.

“ Le livre des testaments du Çahih d'EL BOKHARI ”. Alger, 1909.

LE CTE LEON OSTROROG.

“ El Ahkam as-Sultaniya d'ABOUL HASAN ALI IBN MOHAMMAD AL MAWARDI ”. Paris, 1900, 2 vol.

E. FAGNAN.

“ Les Statuts gouvernementaux d'ABUL HASAN ALI MAWERDI ”. Alger, 1915.

ثانياً - القانون المقارن

(١) قوانين العصور التي سبقت الإسلام

والعصور التي تلت في البلاد الشرقية

E. REVILLOUT.

" La créance et le droit commercial dans l'antiquité ". Paris, 1897.

DR. ISRAEL-MICHEL RABBINOWICZ.

" Législation civile du Talmud ". Paris, 1880, 5 vol.

" Code Rabbinique EBEN HAEZER ". Trad. E. SAUTAYRA ET M. CHARLEVILLE, avec des notes comparatives de droit musulman. Alger, 1868-1869, 2 vol.

H. R. HALL.

" Two coptic acknowledgments of loans ". *in* Proceedings of the Society of Biblical Archeology, 1911, pp. 254-258, London, 1911.

KABIS.

" Communication sur quelques papyrus coptes du Musée de Boulaq ". Bull. de l'Institut Egyptien. Deux. série, 1880, No.1 pp. 24-35.

GRUNFELL AND HUNT.

" The Oxyrhynchus Papiri ".

E. BRECCIA.

" Causerie papyrologique ". Bull. de la Soc. Arch. Alex. No.9 Nouvelle série. T. II. Premier fas. pp. 203-223, 1907.

C. A. NALLINO.

“ Il diritto musulmano nel nomo-canone siriano cristiano di Barhebreo ”. Extr. Rivista degli Studi Orientali di Roma. Vol. IX, pp. 512-580.

A. ESMEIN.

“ Mélanges d'Histoire du Droit et de Critique ”. Paris, 1886.

B. R. SANGUINETTI.

“ Ahkam al-'atqa ou les Préceptes de l'Ancien Testament ”. Paris, 1860.

ابن العسال (حوالى سنة ١٢٠٠ م) .

« المجموع الصفوى » . مصر سنة ١٦٢٤ م . الطبعة الأولى .

J. TIXERONT.

“ Précis de patrologie ”. Paris, 1927.

IBRAHIM AOUAD.

“ Le Droit privé des Maronites au Temps des Emirs Chihab. (1697-1841) ”. Thèse, Lyon, 1933.

(٢) القوانين القريبة

(١) القانون الرومانى :

P. F. GIRARD.

“ Manuel élémentaire de droit romain ”. Paris, 1911, 5ème édit

F. SAVIGNY.

“ Le droit des obligations ”. Trad. C. GERARDIN et P. JOZON. Paris, 1873, 2ème édit. 2 vol.

R. IHERING.

“ L'esprit du droit romain ”. Trad. MEULENAERE. Paris, 1877.

“ Etudes complémentaires ”. Paris, 1902.

P. COLLINET.

“ Histoire de l'Ecole de Droit de Beyrouth ”. Paris, 1925.

VINCENZO ARANGIO-RUIZ.

“ Rome et Beyrouth dans la théorie de la responsabilité contractuelle ”. L'Egypte Judiciaire, 1re année, No. 20.

GERARDIN.

“ Etude sur la solidarité ”. Nlle Rev. Hist. 8ème année, 1884, pp. 237-266.

HAURIOU.

“ Origine de la corréalité ”. Nlle Rev. Hist. 1882, pp. 219-240.

W. W. BUCKLAND.

“ Les limites de l'obligation du *fideiussor* ”. Rev. Hist. 1933, pp. 116-129.

E. CUQ.

“ Cautionnement mutuel et solidarité ”. in Mélanges Cornil. T. I, pp. 155-180. Gand et Paris, 1926.

(ب) القانون الفرنسي :

ESMEIN.

“ Etude sur les contrats dans le très ancien droit français ”. Nlle Rev. Hist. 1882, pp. 35-75.

POTHIER.

“ Traité sur différentes matières de droit civil ”. Paris, 1781, 2ème édit.

ESMEIN.

“ Cours élémentaire d'Histoire du Droit Français ”. Paris, 1910, 10^e édit, 2 vol.

H. CAPITANT.

“ Introduction à l'étude du droit civil ”. Paris, 1904, 2^{ème} édit.

COLIN ET CAPITANT.

“ Cours élémentaire de droit civil français ”. 5^{ème} édit. Paris, 1929.

C. DEMOLOMBE.

“ Cours de Code Napoléon ”. XXVI. Paris, 1870.

M. L. LAROMBIERE.

“ Théorie et pratique des obligations ”. Nlle édit. Paris, 1885.

AUBRY ET RAU.

“ Cours de droit civil français ”. 12 vol. 5^{ème} édit. Paris, T. II, 1897; T. IV, 1902.

BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE.

“ Traité théorique et pratique de droit civil ”. (29 vol). Des obligations (4 vol. XII-XV), 3^{ème} édit. Paris, 1906.

BONNECASE.

“ Supplément au Traité de BAUDRY ”. 5 vol. parus, Paris, 1930.

PLANIOL ET RIPERT.

“ Traité pratique de Droit civil français ”. T. VI, VII : Obligations. Paris, 1930-1931.

JOSSERAND.

“ Cours de droit civil positif français ”. 2^{ème} édit. Paris, 1932-1933.

R. DEMOGUE.

“ Traité des obligations en général ”. 7 vol. parus, Paris, 1923-1933.

C. BUFNOIR.

“ Propriété et contrat ”. Paris, 1924, 2ème édit.

R. SALEILLES.

“ De la déclaration de volonté ”. Nouveau tirage, Paris, 1929.

J. MAURY.

“ Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français ”. Paris, 1920, 2 vol.

R. DEMOGUE.

“ Les notions fondamentales du droit privé ”. Paris, 1911.

“ De la classification des sources des obligations ”. Est. dal vol. 1 degli Scritti in onore di G. R. CHIRONI, 1920.

L. MAZEAUD.

“ Obligation *in solidum* et solidarité entre codébiteurs délictuels ”. Rev. Crit. 1930, pp. 141-176.

LYON-CAEN ET RENAULT.

“ Manuel de droit commercial ”. Paris, 1924, 14e édit.

(ح) القانون المصرى الحديث :

E. DE HULTS.

“ Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien ”. Chambéry, 1911, 4 vol.

احمد فتحى زغلول .

« شرح القانون المدنى ، . القاهرة سنة ١٩١٣ م .

محمد حلمى عيسى باشا .

« شرح البيع فى القوانين المصرية والفرنسية وفى الشريعة الاسلامية ، .
القاهرة سنة ١٩١٦ م .

احمد نجيب الهلالي بك .

« شرح القانون المدني في العقود . الجزء الأول : في البيع والحوالة والمقايضة » .
القاهرة سنة ١٩٢٥ م .

محمد كامل مرسى بك .

« التأمينات الشخصية والعينية » . القاهرة سنة ١٩٢٧ م .
« الملكية والحقوق العينية » . الطبعة الثانية . القاهرة سنة ١٩٢٨ م .

عبد الرزاق احمد السنهورى .

« النظرية العامة للالتزامات . الجزء الأول : نظرية العقد » . القاهرة سنة
١٩٣٤ م .

محمد صادق فهمى بك .

« مذكرات في نظرية الالتزامات » .

عبد السلام ذهني بك .

« في الالتزامات : النظرية العامة » . القاهرة .

محمد صالح .

« أصول التعهدات » . الطبعة الثالثة . القاهرة سنة ١٩٣١ م .

(د) قوانين غربية أخرى :

R. SALEILLES.

“ Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand ”. 3ème édit. Nouveau tirage, Paris, 1925.

BUFNOIR et autres.

“ Code Civil Allemand avec annotations ”. Paris, 1904.

H. LEVY-ULLMANN.

“ Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II Le système juridique de l'Angleterre. T. I. Le système traditionnel ”. Paris, 1928.

G. C. CHESHIRE et autres.

“ Commentaire de STEPHEN sur le Droit de l'Angleterre. T. III, Le droit des contrats et des *torts* ”. Trad. Mlle Mitchell. Paris, 1931.

H. LEVY-ULLMANN.

“ Etude du projet franco-italien du code des obligations ”. Cours de doctorat. Paris, 1925-1926.

ELIACHEVITCH et autres.

“ Traité de droit civil et commercial des Soviets. T. II. Les obligations, les sociétés ”. Paris, 1930.

(ه) فلسفة القانون :

A. MENARD.

“ Essai d'une critique objective de la technique juridique en matière d'obligation ”. Paris, 1926.

F. CARNELUTTI.

“ Obbligo del debitore e diritto del creditore ”. Milan, 1927.
Ext. de la Rivista del diritto commerciale.

M. CHAUVEAU.

“ Classification nouvelle des droits réels et personnels ”. Rev. Crit. 1931, pp. 539-570.

O. RIPERT.

“ Abus ou relativité des droits ”. Ext. Rev. Crit. Paris, 1929.

F. GENY.

“ Science et technique en droit privé positif ”. Paris, 1914.

G. DAVY.

• “ Le problème de l'obligation chez Duguit et chez Kelsen ”.
Archives de Philosophie du Droit, 1933, Cahiers 1-2, pp. 7-36.

BERTHELEMY et autres.

“ Les méthodes juridiques ”. Paris, 1911.

G. TARDE.

“ Les transformations du droit ”. Paris, 1922, 8ème édit.

BEUDANT et autres.

“ L'oeuvre juridique de RAYMOND SALEILLES ”. Paris, 1914.

O. IONESCU.

“ La notion de droit subjectif dans le droit privé ”. Thèse,
Paris, 1931.

P. REBOUD.

“ Précis d'économie politique ”. Paris, 1927, 2ème édit.

محفوظات محكمة مصر الشرعية

مقدمة عامة

١ - إن صرح القانون مشيد على فكرة الالتزام . وقد ارتدت هذه الفكرة في القانون الخاص ، رداء خاصاً ، حيث ظهرت في صورة الحق الشخصي ، المقابل للحق العيني . ثم هي فيه ، تخضع لقواعد عامة ، تحكم مختلف المسائل التي تعرض للالتزام . وقد استخلص هذه القواعد فقهاء الرومان ، ونقلت عنهم في القوانين المستمدة من التشريع الروماني . وجمعت هذه القواعد ، النظرية المعروفة بالنظرية العامة للالتزامات ، وهي نظرية أجمعت الآراء ، على أنها من خير ما أنتجت قريحة الرومان القانونية .

٢ - أما في الشريعة الإسلامية ، فقد وجه الفقهاء جهودهم نحو الحلول الفرعية ، ولم يحاولوا وضع قواعد عامة ، تحكم الالتزام في مصادره ، وفي آثاره ، وفي طرق انقضائه . على أن بالشريعة الإسلامية كنوزاً من الأفكار والآراء والتصويرات القانونية ، فإذا نحن أردنا الانتفاع بها ، يتحتم علينا أولاً الوصول إلى القواعد العامة التي تحكمها جميعاً ، إذ لا يقوم العلم إلا على أساس من القواعد العامة .

٣ - ثم إن الفقه الإسلامي ، قام وترعرع في مدى أجيال عديدة ، وساد في مختلف الأقطار التي جمعتها المدينة العربية ، تلك المدينة التي تركت آثاراً خالدة في جميع مناحي العلوم والفنون . فليس من الغريب إذاً أن يكون أثرها كذلك في ناحية التفكير القانوني . وفي الواقع قد ظهر هذا

التفكير في صورة من أبهى صورته ، ولا تزال آثار هذا التفكير من أنفس ما يدخر الشرق من التراث العلى .

٤ — فن العقوق إذاً أن يهمل هذا التراث ، ومن العناية به أن يعتمد إلى التأليف بين فروع . ففى جميع الأمم وفى مختلف العلوم عمد العلماء إلى تركيب بعد التحليل . وقد قام الفقهاء بقسطهم الوافر من التحليل ، فيتعين إذا البدء من حيث انتهوا ، وبهذا العمل نكون قد وصلنا ما كان قد انقطع . فعسى أن يكون الاهتمام بالآثار القانونية لفقهاء المسلمين على هذا الوجه ، فاتحة عصر إحياء لتشريع ، لا يمكن أن يكون غيره ، ملائماً مثله ، فى بلاد كانت مهداً له ومرتعاً .

٥ — وإن فى هذا العمل تحقيقاً كذلك لغرض من أغراض التشريع المقارن ، وقد أعلن المؤتمر الدولى المنعقد بلاهاى فى سنة ١٩٣٢ ، ما يعلقه من الأهمية على التشريع الإسلامى ، كمصدر من مصادر التشريع المقارن .

§ ١ - طريقة البحث

(١) الطريقة الموضوعية

٦ - لا يخفى أن القيام بهذا العمل يقتضى من الباحث اعتماد خطة معينة ، فقد لوحظ أن الخطة التى أتت للآن ، لم تكن بما ترتضيه دائماً القواعد العلمية .

فانا نجد من جهة ، أن من تصدى من العلماء الغربيين لمعالجة هذه المسائل ، لم يصل ابدأ الى تفهم روح النصوص ، وهم فى الغالب ، يجهلون ايضاً اللغة التى وردت بها هذه النصوص . اما المستشرقون ، فلا نجد بينهم القانونى الفقيه ، الذى سرعان ما يلحظ ، ما للنص من خطر . .

ومن جهة أخرى ، نرى المؤلفين الشرقيين تنقصهم الروح العلمية ، ومؤلف (ساقاس باشا) على شهرته ، مثل ناطق لهذا النقص .

وكذلك الأمر فى الرسائل والمؤلفات ، التى حاول فيها مؤلفوها ، التقريب بين الفقه الإسلامى ، وآخر ما وصلت اليه اتجاهات المحاكم فى عصورنا هذه ، فما كان من تأثير حماسهم الصياني الا مسخ الشريعة الإسلامية .

فمن المتعين إذا أن نضع فى مواجهة هؤلاء وهؤلاء ، الطريقة التى نرى وجوب اتباعها ، وقد سميناها الطريقة الموضوعية التاريخية ، لأنها تتناول مواضيع البحث وتقررها كما وردت فى النصوص ، مراعية فى ذلك منتهى الأمانة ، ثم هى تتبع هذه النصوص على مدى الأجيال ، لتتلس تطورها

التاريخي . فهي قائمة على فكرة أساسية ، ألا وهي ، أن التشريع كائن حي ، وليد الهيئة الاجتماعية ، ينمو بها ولها ، ويتطور معها ، ويحمد عند جمودها .

٧ — وهذه الطريقة تعتمد لذلك ، الى المسائل . فقد رأينا أن التشريع الاسلامي لم يهتم إلا بالمسائل ، فاذا أردنا تفهمه على حقيقته ، وجب أن نتقصى المسائل ، ونستوعب ماورد عليها من الحلول . فتكون هي الحجارة التي بها يتم بناء هيكل النظريات ، بصرف النظر عما حشر في الكتب حشراً ، لتفسير هذه الحلول ، إذا كانت هذه التفسيرات لا تتفق والواقع .

٨ — فمن يتصفح كتب الفقه ، يتبين أن التفسير الذي يرد على الحلول ، لا يكون صادراً دائماً عن مبادئ عامة ، متمشية في جميع أجزاء الجسم الواحد ، بل هو يرمى إلى تبرير الحل ، الذي ورد بشأنه فقط ، تبريراً يستند سواء إلى فكرة مقبولة عقلاً ، أو إلى أن حلولاً مشابهة قد جاءت في مناسبات أخرى .

ولكن هذا التبرير المباشر ، لا يمكن اعتباره كافياً ، إذ قد تكون هناك مسائل أخرى مماثلة أيضاً ، ولم تحل على نفس الشكل . فالتفسير الصحيح يكون بايراد التعليل الذي ينطبق على أكثر المسائل المتشابهة ، مع ذكر مادعا إلى الأخذ بغير ما يقضى به في مسائل معينة أخرى .

وهذه الطريقة تصل بنا إلى العلل الرئيسية والآخرى للحلول ، وهذه العلل وحدها هي التي يقبلها العلم ، ويجب اعتبارها دون غيرها ، واحلالها محل ما استبعد من التعليلات .

٩ — وقد تعدد في كتب الفقه الطرق ، لتبرير الحل الواحد . أما تعدد الأدلة ، فأمر لا شائبة فيه ، لو كانت الأدلة جميعها تضافر ، لتكوين

مبدأ واحد يقضى بالحل موضوع النظر .

ولكننا نجد في الغالب ، الطرق لا الأدلة تتعدد ، وكل طريق منها صادر عن فكرة ، قد تكون متنافرة مع الفكرة التي أوحى بالطريق الآخر .

ففي الخطة التي نقول بها ، يلزم الاستعانة بالروح العامة للتشريع ، لاستبعاد ما يتبين فضوله من الطرق . فإذا ما اكتفى بأحدها ، وجب الاحتفاظ به في جميع المناسبات ، حتى إذا ما اضطر الباحث اضطراراً ، إلى الرجوع إلى الطريق الآخر ، في حالات أخرى معينة ، وجب اعتبار هذه الحالات ، استثناءات لما سبق تقريره كبداً عام . وقد تم هذه الحالات عن اتجاه التطور في التفكير .

١٠ - وكذلك التكيف القانوني النظري ، لا يخضع دائماً عند الفقهاء لفكرة واحدة . صحيح أن تعقد الظاهرة القانونية ، قد يحول في بعض الأحوال ، دون تصويرها ، على أساس الفكرة الواحدة .

ولكن في هذه الأحوال ، يقتضى منا المنطق ، أن تغلب العنصر المسيطر على هذه الظاهرة . وعند تصويرنا لها ، نلاحظ ما شذ على تكيفنا القانوني ، من الحلول . ولا يلجأ إلى ذلك ، إلا إذا لم يعثر في التشريع الاسلامي نفسه ، على تصوير ، ينتظم النظرية بما حوته من الحلول جميعاً .

١١ - يتضح مما تقدم ، أنه إذا كان تقييدنا بالحلول وثيق العرى ، فالأمر بخلاف ذلك بالنسبة للشروح ، ولا يخشى من هذا التحرر على صحة تفهم روح التشريع ، فقد قلنا ، أن التشريع الاسلامي قائم على هذه الحلول ، وروحه فيها وحدها . أنظره مبسوط ، (محمد) .

على أن هناك محظوراً آخر . فإننا إذا نحن فرضنا على التشريع الاسلامي

أفكاراً غريبة ، اقتضتها أساليب التشريعات التي نشأت فيها ، نكون قد مسخنا هذا التشريع بالفعل .

فيلزمنا إذاً ، التجرد من أساليب هذه التشريعات ، وإذا نحن حاولنا الوصول إلى المبادئ الأولية ، فلن تكون إلا تلك التي يتطلبها كل تشريع ، لمجرد كونه وليد العقل البشرى ، وهو واحد ، مهما اختلفت الأمكنة والأزمنة .

وذلك كله لا يحول دون الاستعانة في عرض المسائل ، بما جرينا عليه في بحث قوانيننا الحديثة ، على أن يكون هذا إطاراً خارجياً ، وعرضة للتحويل وفقاً لمقتضيات التشريع الاسلامى .

١٢ — لذلك لن نغير كثيراً من الاهتمام ، ما حوته الكتب الفقهية ، من الأمثال والأصول ، فهي في الغالب ، عبارة عن مبادئ ، يقضى بها المنطق أو العدل ، لا نفس النصوص التي وردت بمناسبة . ونذكر هنا ، أن بما استنفد نصيباً من نشاط الفقهاء ، مقارنة الحلول بعضها ببعض ، لأظهار الفروق والأشباه . على أنهم في هذا كله ، قلما يرتقون إلى المبادئ الأولية العامة .

١٣ — أما علم أصول الفقه ، فهو شديد الاتصال بعلم الكلام ، ولا يفيد في دراسة موضوعية للنصوص . فهو أشبه بفلسفة القانون منه بالقانون .

وقد قرب فقهاء الحنفية بينه وبين الفروع ، ومع ذلك يقول (الحموى) (أنظر ، الغمز ، ج ١ ، ص ٢٤٥) انه : « لا عبرة بما في كتب الأصول إذا خالف ما ذكر في كتب الفروع كما صرحوا به » .

١٤ — وكذلك لا يلتفت في دراستنا الموضوعية ، إلى مصادر

التشريع . ذلك أن القرآن الكريم ، ، لم يأت إلا بقليل من الآيات في موضوع الالتزامات ، وهي في الغالب من قبيل القواعد الأخلاقية .

أما الأحاديث النبوية ، ، فهي أيضاً قليلة العدد ، وسيؤخذ بها على أنها نصوص ، إذا جاءت بحلول معينة لبعض المسائل . وإن تتعرض لما وجه من الطعون إلى بعض هذه الأحاديث ، فهي لمجرد ورودها تتم عن اتجاه خاص في التفكير .

فالعبرة إذاً دائماً بالمسائل وأحكامها . وما يؤيد وجهة النظر هذه ، أن في عقد البيع ، قد وردت أحاديث متعددة ، في صيغة النهي ، وقد فرع الفقهاء عليها البطلان في بعض الأحوال ، ومجرد الكراهية في البعض الآخر ، بالرغم من اتحاد الصيغة في جميع الأحوال .

١٥ — يتضح من ذلك ، أن التشريع الاسلامي في موضوع الالتزامات ، يفقد صبغته الدينية :

ونذكر هنا أن هذا التشريع ، لا يمنع مصدره الديني من اعتباره تشريعاً بالمعنى الصحيح . ذلك أننا إذا نظرنا إلى ماهية القاعدة القانونية في هذا التشريع ، ألفيناها تتضمن جميع العناصر التي تلاحظ في القواعد القانونية . من ذلك ابتناؤها على المظان ، وابتعادها عن التوغل في الدوافع النفسية . ومن ذلك أيضاً الجزاء المترتب على مخالفتها ، فقد فرق الفقهاء بجلاء ، بين ما هو واجب قضاء ، وما هو واجب ديانة .

١٦ — أما القياس ، ، وقد اعتبروه مصدراً من مصادر التشريع ، فهو في الواقع ، عملية من عمليات الاستدلال ، يقوم بها العقل ، إذا أراد الوصول إلى حكم عن طريق الاستنتاج .

وهذه العمليات العقلية تؤدي إلى وضع حدود وتقسيات ، وشأن علم الفقه منها شأن سائر العلوم الأخرى .

١٧ — وإذا استعمل العقل في مهمة استنباط الأحكام ، فقد يؤدي به منطق الجأمة إلى حلول ، قد تتعارض مع فكرة العدالة المطلقة ، أو مع بعض الأحاديث الصريحة . فيلجأ الفقهاء عندئذ إلى ما يسمونه « الاستحسان » . فالحكم الذي يقضى به الاستحسان ليس في الواقع إلا استثناء ، اقتضته قواعد العدل والانصاف ، أو أسباب أخرى .

١٨ — وقد يستعمل الاستحسان لادخال ما استقر عليه « الاجماع » ، في التشريع .

وقد يتعين اعتباره كالعادة والعرف ، عاملاً من عوامل التطور ، إذا تبين أن التشريع الاسلامي قد تأثر بالفعل بواسطته . وهذا هو موضوع الطريقة التاريخية .

(٢) الطريقة التاريخية

١٩ — أما عن منشأ التشريع الاسلامي ، فانا نرى الاعراض عن البحوث التي حاول بها العلماء تأييد رأي دون آخر . أما حججنا ، فستلجسها من دراستنا الموضوعية نفسها ، ذلك أنه من العبث الاستناد إلى التشابه بين بعض الأفكار للقول باتحاد المصدر أو بالاستعداد . فان أهمية هذا التشابه ، لا يصح تقديرها ، إلا إذا وضعت الأفكار في الجسم الذي انتزعت منه .

لذلك لن يوجد أبداً دليل أقطع ، على التشابه أو عدمه ، من استعراض

نظرية الالتزامات في التشريع الاسلامى ، بعد بناء هيكلها . فعندئذ فقط سيظهر لنا ، إن كانت ثمة استعارات ، من أين أتت ، وما هي ؛ وإن لم تكن ، كيف أن التشريع متماسك الأطراف ، ظاهر الابداع .

ونلاحظ هنا فقط فشل المحاولات ، التى ظهرت قديماً وحديثاً ، لاثبات استمداد التشريع الاسلامى من القانون الرومانى . أما محاولة (كاروزى) فقد هدمها المستشرق (نالينو) . وحديثاً ، ظهرت رسالة فى الشفعة ، (طبعت فى ميلانو سنة ١٩٣٣) ، رعى بها مؤلفها إلى اثبات هذا الاستمداد . على أن استنتاجاته لم تقنع أحداً ، كما يظهر من تعليق الأستاذ (روسييه) على هذا الكتاب فى (مجلة تاريخ القانون ص ٣٢٣ لسنة ١٩٣٤) .

٢٠ — على أنه ليس بين أيدينا فى الواقع ، من الآثار القانونية ، شىء يرجع إلى ما قبل العصر العباسى . أما عن الجاهلية ، فإن هناك بعض الاشارات البعيدة ، مبعثرة فى آثار متأخرة عن هذا العهد . وكذلك يقال عن عصر الخلفاء الراشدين . والخلفاء الأمويين ، فإن جل ما نجد ، هو بعض الحلول ، لمسائل عرضت على بعض الحكام . ولكن لا يظهر أنه فى مدى هذه العصور الطوال ، قد كانت هناك مجموعة من القواعد ، أوحى بهذه الحلول الطفيفة .

ويبدو لنا أن التشريع فى هذا العهد ، لم يكن شيئاً آخر سوى العادات المحلية السائدة ، سواء فى جزيرة العرب أو فى الأقطار المفتوحة . وأن ما ورد من الأحكام ، يعبر تماماً عن هذه العادات ، مع اتجاه خاص أملاه الدين الجديد .

٢١ — ثم يضعنا العصر العباسى ، فجأة فى أول عهده ، أمام مجموعة كاملة من الأحكام . ففى نظر التاريخ لا يظهر التشريع الاسلامى ، كتشريع

بالمعنى الصحيح، إلا مع (أبي حنيفة)، الذي وردت آراؤه في جميع المسائل، كما وردت آراء صاحبه (أبي يوسف)، بمجموعات الكتب التي وضعها (محمد)، صاحبه الآخر المتوفى سنة ١٨٩ هـ.

فأول أثر من الآثار القانونية، هو إذا أثر كامل الأجزاء. وإذا كانت هذه الكتب، قد ذكرت في بعض الأحوال، آراء لبعض الفقهاء، بمن سبقوا (أبا حنيفة)، فإن هذه الآراء، لا تكون في مجموعها، تشريعاً يعتد به.

٢٢ — فهذه الكتب، تعطينا صورة كاملة، للتشريع الاسلامي، كما ارتأها (أبي حنيفة). وفي نفس هذه الكتب، نلاحظ اتجاهات خاصة، يمثله (أبو يوسف). وهو اتجاه ظاهر الميل، نحو الأخذ بقواعد العدل والانصاف.

وقد اتقل هذا التشريع كما هو، مع اتجاهاته المختلفة، إلى الأجيال المتعاقبة من الفقهاء — بواسطة كتب (محمد).

وإذا كان الفقهاء في زمن (السمرقندي) (حوالي سنة ٣٧٥ هـ)، قد وضعوا حلولاً لبعض المسائل التي استجدت، والتي أسموها النوازل، فلم يكن عملهم هذا، إلا بمثابة الملحق من الكتاب.

ولم يكن للفقهاء، حتى في عصور الاجتهاد، سوى تطبيق الأحكام الموضوعية، على مسائل يقيسونها قياساً على ما سبقها، أو الترجيح بين حلين، قام بشأنهما الجدل. ويلاحظ أن الفقهاء، لم يترددوا في الواقع، عن القياس والترجيح حتى في العصور التي تلت ما أسموه «اقفال باب الاجتهاد».

٢٣ — ولذلك نلاحظ أن القرون، التي مرت على هذه الكتب، لم تضيف إليها شيء الكثير. وما قد جاء من الحلول، عن طريق الاجماع، أو

العادة ، موجود في الغالب بتلك الكتب . ومع ذلك ، فما لاشك فيه ، أن « العرف والعادات » ، قد ساعدت على جعل بعض القواعد أكثر مرونة ، أو على تحديد مدى تطبيقها . إلا أن الأسس ، بقيت ثابتة . كما كانت ، من « المبسوط » ، إلى « رد المحتار » (١٢٥٢ هـ) .

٢٤ — ويلاحظ أخيراً ، أن بعض المسائل أتنا ، لا عن طريق كتب (محمد) الستة ، بل عن طريق كتب أخرى له ، أو لغيره . وهي معتبرة أضعف سنداً من الكتب الستة ، ولذلك عبر عنها « بغير ظاهر الرواية » . على أن المفهوم أن هذه المسائل كذلك قد عرضت (لأبي حنيفة) أو لأصحابه . أما مؤلفات (ابن سباعة) ، و (ابن رستم) ، التي وردت بها هذه الرواية ، فلم تصلنا . وعلى ذلك تكون ثقتنا بصحة هذه الرواية ، بقدر ثقتنا فيمن رواها من المؤلفين ، وهم يوردون هذه الرواية ، كغيرها ، أثناء عرضهم للموضوع .

٢٥ — وفي بحثنا هذا ، قد رجعنا أولاً وبإحدى ذى بدء ، إلى كتب (محمد) . وبذلك انتهجنا نهجاً جديداً ، كان الباحثون بعيدين عنه ، فهم في الغالب يرجعون إلى أحد الكتب المتداولة للتأخرين .

ولما كان « مبسوط » (محمد) هو الأصل ، كما يسمونه ، كان من المتعين الرجوع إليه أولاً . والواقع أن الرجوع إليه ليس من الميسور ، فهو لم يطبع بعد ، والمخطوطات الموجودة منه بمصر ، أكثرها ناقصة . على أننا قد وقفنا إلى العثور على نسخة ، وردت حديثاً على دار الكتب ، وهي من محتويات مكتبة المغفور له (محمد علي الكبير) .

أما ثاني الكتب الستة ، وهو « الجامع الصغير » ، فهو مطبوع ، على أنه لا يروى غلة لاختصاره .

و « الجامع الكبير » هو ثالثها ، وقد عثرنا على جزء صغير منه بدار الكتب ، وتمكنا من تتبع بقية النصوص ، خلال ما ورد عليه من الشروح الكثيرة . وهو يختلف كثيراً في أسلوبه عن « المبسوط » ، ذلك أن المسائل ترد به موجهة ، بينما « المبسوط » ، خلو تماماً من التفسير ، والتوجيه .

أما رابع الكتب الستة ، وهو « الزيادات » ، فقد تقصينا نصوصه من خلال شروح (العتابي) و (قاضى خان) .

والخامس والسادس من الكتب الستة ، موضوعان في السير ، أى في قوانين الحرب ، فلم يدخلوا في نطاق بحثنا .

٢٦ — وبعد أن تمكنا من هذا الأساس ، سرنا في بحثنا ، متبعين المؤلفين ، على حسب الترتيب الزمني ، ابتداء من (الحصاف) (٢٦١ هـ) ، لغاية (السندى) (١٢٥٧ هـ) .

ولم نتراجع أمام المخطوطات القديمة ، فتيسر لنا بذلك الانتفاع ببعض المؤلفات العظيمة التي لم تتداولها الأيدي بعد . ومن ذلك « مختصر » (الطحاوى) (المتوفى سنة ٣٢١ هـ) . و « محيط » (رضى الدين السرخسى) (المتوفى سنة ٥٤٤ هـ) . وقد ذكر هذا المؤلف الأخير ، المسائل مرتبة ، وهو يورد دائماً مسائل غير ظاهر الرواية ، ومسائل النوازل ، في فصول مستقلة . ونذكر من ذلك أيضاً « الذخيرة البرهانية » ، و « خلاصة » (افتخار الدين) .

أما مؤلفات « العصر الذهبي » للفقه الاسلامى ، وهو الذى يمتد من مجموعات (محمد) لغاية (قاضى خان) ، فنذكر منها « مبسوط » (السرخسى) ، وهو شرح لما اختصره (الحاكم الشهيد) من الكتب الستة . و « جامع الفقه » (للعتابى) ، وهو مجموعة مسائل ، تمتاز بشئ من الطرافة . و « بدائع » (الكاسانى) وهى بلاريب ، أروع ما ألف في الفقه الاسلامى ، وهى تمتاز بحسن ترتيبها ،

ووضوح أسلوبها . وهذا المؤلف هو في الواقع فريد في تقسيماته ، وطريقة عرضه للمسائل . وقد جعلناه عمدتنا في جميع بحوثنا .

أما في العصر الذي يلي العصر الذهبي ، وقد سميناه «عصر الشرح والتحشية» ، فأول ما يقابلنا من المؤلفات العظيمة ، « الهداية » . وقد كتب في شرحها ، ما تقوم به مكتبة واسعة الأرجاء . ونذكر أيضاً مجموعة الشروح التي وردت على «الكنز» ، وكذلك مجموعة الشروح التي وردت على «الدر المختار» . وعند الحلقة الأخيرة ، نجد «رد المختار» (لابن عابدين) ، وهو عبارة عن دائرة معارف فقهية ، على أنها تفتقر إلى التنسيق . وقد تبعه (السندی) (١٢٥٧هـ) في شرح «الدر المختار» ، ومؤلفه يقع في ستة عشر مجلداً ولا يزال مخطوطاً ، وهو من محفوظات مكتبة الأزهر .

وهناك بعض المؤلفات ، اكتفى أصحابها بسرد المسائل ، دون إيراد وجوها ، وقد سميت «بالفتاوى» . وليس معنى ذلك ، أنها في الواقع ، أجوبة عن أسئلة عرضت . ونذكر منها «الظهيرية» ، و «التارخانية» ، و «الهندية» .

ومما يستحق التنويه ، تلك المؤلفات ، التي حاول مؤلفوها الارتقاء بها ، عن مجرد الحلول والعلل المباشرة ، متقصين أسباب الفروق والنظائر . ونذكر منها «فروق» (الكرايسى) ولا يزال مخطوطاً ، و «أشباه» (ابن نجيم) وشهرتها تغنى عن وصفها ، وشرح (التاجى) على هذه «الأشباه» ، ولا يزال مخطوطاً .

وأخيراً ، نجد فريقاً من المؤلفين ، قد وجه عنايته ، إلى الناحية القضائية للمسائل . وأهم ما وضع في ذلك «جامع الفصولين» (لابن قاضى سماوه) ، وتنقيحه «نور العين» .

عند البحث في هذه المؤلفات . وقد اقتضى منا ذلك مجهوداً مضاعفاً ،
يعرفه فقط من عالج هذه البحوث . فمن ذلك ، أنه لا يكتفى الباحث ،
التطلع إلى العنوان ، ليتعرف ما سيتناوله الباب من الموضوعات . فالمسائل
في الواقع مبعثرة في مختلف الأبواب ، لغير ما سبب ظاهر .

ولا يستطيع الباحث الجزم بأن مسألة بعينها ، ليست موجودة في كتاب
معين ، إلا إذا طالع جميع صفحات هذا الكتاب ، بامعان تام . ولذلك نجد
المؤلفين ، في إشاراتهم إلى المراجع ، ينقل بعضهم عن بعض . فإذا ما ذكر
أحدهم عن مسألة ، أنها وردت « بالمبسوط » ، فلا يفيد ذلك أنه قد تحقق
بنفسه من صحة ورودها .

لهذه الأسباب ، اضطررنا إلى دراسة بعض الكتب ، من الغلاف إلى
الغلاف ، وراجعنا جميع أبوابها ، باباً باباً ، لتقصي ما يهم موضوعنا ، من المسائل .

٢٨ — ويلاحظ أيضاً ، أن هذه المؤلفات لا تتبع ترتيباً واحداً ،
في تسلسل الأبواب . ولو أن هذه الأبواب أو الكتب واحدة ، لم تتغير
في الغالب ، منذ وضع « المبسوط » .

على أن « المبسوط » جاء خليطاً من الأبواب ، ولا يراعى ترتيباً ما . أما
الترتيب الذي نجد عليه « الجامع الصغير » ، فهو ليس (لحمداً) . وقد اتبع هذا
الترتيب غالب المؤلفين .

ومهما يكن الأمر ، فلا أهمية في الواقع لهذا الترتيب . فهو لم تقض به
أسباب مقبولة . أما ما يذكره أحياناً المؤلفون من الأسباب ، فهو مجرد
أسباب لفظية أو شكلية لا قيمة لها . وانا نجد مثلاً أن كتاب الاجارة ،
جاء في « بدائع الصنائع » ، قبل كتاب البيع ، مع أن (الكاساني) نفسه ،
قد أحال في كتاب الاجارة ، على كتاب البيع ، في كثير من المسائل .

٢٩ — مرمومات موضوعية على المؤلفات — أول ما يلاحظ على الفقهاء، أن نظرهم لم يتجه، أثناء وضعهم للحلول، إلى طريقة تطبيق أحكامهم. فذلك الناحية العملية، لا تكاد تظهر، خلال جدلهم وأبحاثهم.

على أن هذا ليس معناه، كما ادعاه بعض المستشرقين، أن التشريع الاسلامي لم يوضع، إلا على أنه مثل أعلى، يوصى باتباعه، وأن في الواقع ونفس الأمر، لم تتبع أحكامه في الدول الاسلامية.

فانا، وقد رجعنا في بحثنا، إلى كثير من الأوراق البردية، المثبتة للوثائق القانونية، مما كان يجري به التعامل، في العصور الأولى للإسلام، وإلى أحكام محكمة مصر الشرعية القديمة، ويرجع بعضها إلى أكثر من خمسمائة سنة خلت، نستطيع أن نؤكد، فيما يتعلق بموضوع الالتزامات، أنه لم يكن هناك تشريع، أو قواعد أخرى، متبعة في المعاملات، سوى قواعد الشريعة الاسلامية.

وإذا كانت هذه القواعد، قد خولفت بالفعل، في بعض الأحيان، فقد كان ذلك خضوعاً لظاهرة معروفة، وهي أن الاحتياجات العملية، تخلق دائماً بجانب التشريع، قواعد أكثر مرونة، تلتف من حده.

٣٠ — من ذلك — وهذا في نظرنا، دليل على حيوية التشريع الاسلامي — ما وضعه الفقهاء من «الحيل»، لتلافي بعض ما وضعوه، من القواعد التشريعية الجامدة.

على أن هذه الحيل، تندرج تماماً في الهيكل التشريعي، لأنها لا تصدم قاعدة من قواعده. فهي عبارة عن عقود أو إقرارات صورية، تنطبق عليها الأحكام التي وضعت للصورة التي اتخذتها، لا لحقيقتها. وقد ساعد على نجاح هذه الوسائل، قواعد الاثبات، وأحكام الصورية، في التشريع الاسلامي، كما سنوضحه.

فالحيل إذا ستكون محل دراستنا ، على أنها الجانب الحى للتشريع الاسلامى ، وهى قد كانت موضعاً لعناية (محمد) نفسه ، وهو أحد واضعى المذهب .

٣١ — وتظهر أيضاً الناحية العملية للفقهاء الاسلامى ، من خلال كتب « الشروط » . وقد عنيت هذه الكتب ، بوضع صيغ لكتابة العقود والاقارات . وقد اهتم بهذه الناحية أيضاً (محمد) فى « المبسوط » . على أن لهذه الناحية من الفقه فقهاء الاختصاصيين ، نذكر منهم (أبازيد الشروطى) و (الطحاوى) .

ويتضح لمن يتصفح كتب الشروط هذه ، أنها لم توضع لمجرد النظر ، فهى تراعى دائماً الاحتياجات العملية ، وتحيط العاقد علماً ، بما يجب أن يتخذ لنفسه من الحيطة ، فى اشتراطاته ، مع اختلاف المذاهب .

وهذه الصيغ لا تخلو من « الرطانة » القضائية ، كتكرار الألفاظ . والمبالغة فى الاحتياطات . ومن الغريب أنها على قدم عهدها ، يرد بها عبارات ، تشبه كثيراً ما نقرأه فى العقود التى تحرر فى أيامنا هذه .

٣٢ — وتظهر أخيراً الناحية العملية ، من خلال « الفتاوى » ، وهى مؤلفات جمعت ما أجاب به المفتون ، عما عرض عليهم من الأسئلة ، فى حوادث واقعية . ولدينا من هذه المجموعات ، ما يرجع عهده إلى سنة ١١٠٠ هـ . وهى جميعها تتبع آثار الكتب الفقهية ، ولا تحيد عن الأحكام التى وردت بها قيد أنملة .

٣٣ — وما يؤخذ أيضاً على المؤلفين ، اهتمامهم الزائد بدقيق التفاصيل ، وتفنيهم فى افتراض المسائل البعيدة الوقوع .

وان كان هذا التطرف في التصورات ، وهذا التوغل في الدقائق ، قد أفادا التشريع بعدد وفير من الأفكار والآراء ، فانهما مع ذلك ، قد أساءا إلى الروح القانونية . ذلك أن هذه الروح تمج التدنى إلى صفات المسائل ، كما تمج الدقة التي تتطلبها الرياضيات . فما يثقل على القانوني ، أن يرى المؤلفين ، يسترسلون في عمليات حسابية معقدة .

ويلاحظ أن المتأخرين ، قد وقعوا في محذور آخر ، وهو التراشق بالأدلة اللفظية البحتة ، والاعتماد في الاستدلال ، على المنطق المجرد .

٣٤ — الروح العامة للفق الإسلامي — يظهر لنا أن هناك نزعات ثلاثاً تسيطر على التشريع الإسلامي .

(١) أما الأولى ، فهي النزعة الفردية . وقد يذهب البعض إلى أن هناك نصوصاً كثيرة ترمي إلى حماية مصالح الجماعة . على أن هذه النصوص لا تنهض دليلاً ، على أن النزعة الفردية ليست متغلبة .

ذلك أن التشريع الإسلامي اصطبغ في الأصل بصبغة دينية . فهو يرمى بطبيعته إلى توفير السعادة على الفرد . والفرد — مهما حاول أنصار الاشتراكية في عهدنا هذا — سيبقى دائماً أبداً ، هو الغاية التي يسعى إليها كل تشريع . وإذا غلبنا في بعض الأحيان مصلحة الجماعة ، فليس ذلك في الواقع ، إلا لكونها تتضمن في نفس الوقت ، مصلحة الفرد .

(٢) أما النزعة الثانية ، فهي السعي وراء العدالة المطلقة ، عن طريق المساواة . وقد ظهرت هذه النزعة في نظرية الالتزامات ، في صورة المساواة بين المتعاقدين . على أن الفقهاء قد توغلوا في هذا الاتجاه ، إلى أقصى حدوده . ومن آثار هذه النزعة نظرية الربا .

(٣) والنزعة الثالثة ، ترمى إلى الابتعاد ، عن كل ما من شأنه ، خلق القلق أو المنازعات ، في المعاملات . لذلك هم ينفرون من الغرر ، على كافة صورته . وقد توسعوا في بيان أحكام الجهالة الفاحشة واليسيرة . وذلك كله اتقاء للمنازعات . وسرى أن هذه النزعة أيضاً قد ذهبت بهم بعيداً .

٣٥ — وأخيراً ، نقول كلمة ، عما وضع في القرن التاسع عشر الميلادي ، من التقنيات في التشريع الاسلامي .

أما « المجلة العدلية » ، فقد قام بوضعها في آخر عهد الدولة العثمانية ، فريق من الفقهاء . وقد جعلوا منها مجموعة نصوص أوردوها تحت أرقام متسلسلة . على أنهم ، لم يحاولوا قط ، اخضاع المسائل لقواعد عامة تكون هي موضوع المواد . فالمواد جاءت بالمسائل ، على أنها مسائل . وإن قليلا من المواد جاءت بتعاريف ، منقولة هي كذلك ، عن الكتب الفقهية .

وقام بعد ذلك في مصر (قدرى باشا) ، فوضع كتابا سماه « مرشد الحيران » . ذكر به مجموعة من الأحكام الشرعية ، على نسق القوانين المصرية . على أن محاولته وضع نظرية للالتزامات ، لم تفلح ، فاكتمى بذكر طرق انقضاء الالتزامات ، وبعض أوصافها . وإن المواد التي وردت بها هذه الأحكام ، لا تخلو مع ذلك من الأغلاط ، كما سنبينه أثناء عرضنا لما تناولته من الموضوعات . أما نظرية العقد ، كما أوردتها ، فهي في الواقع ، نظرية عقد البيع .

٣٦ — القانون المقارن — أما وقد بينا منهجنا في التشريع الاسلامي ، نتساءل هنا هل يجدر بنا ، بعد الوصول إلى تعرف حقيقة هذا التشريع ، الرجوع إلى غيره من التشريعات ، لمقارنته بها .

قد يبدو هذا ضرورياً في زمن ، يكاد لا يخلو مؤلف فيه ، من مقارنة الشرائع . ولكننا رأينا الاعراض عن هذا الاتجاه ، لنتمكن من توجيه جميع

جهودنا ، نحو بناء هيكل التشريع الاسلامى ، فى موضوع الالتزامات . حتى إذا ما تم هذا البناء ، نكون قد مهدنا ، لمن يهيمه ذلك ، أن يقوم بدراسته المقارنة ، على أسس متينة .

وهذا كله ، لا ينفى أننا ، فى الواقع ، قد رجعنا ، إلى أكثر من تشريع واحد ، فى موضوع دراستنا هذه . فانا لم نخط سطرأ واحداً ، إلا بعد إعمال الفكر فى مختلف التشريعات ، ليصح فهمنا ، ووضعنا للسألة ، على وجهها المطلق . فالمقارنة قد تمت بالفعل ، ولو أن القارىء لا يقرؤها فى الغالب ، قراءة العين .

ونلاحظ هنا ، أنه من السخف ، محاولة الوصول ، عن طريق مقارنة الشرائع ، إلى إصدار الأحكام التقويمية على هذه الشرائع . فان التشريع ، كما قلنا ، ظاهرة من الظواهر الاجتماعية ، مقيد ككل ظاهرة بظروف الزمان ، والمكان ، ويخضع كذلك لمنطقه هو نفسه . وإذا كان يجوز ، للغريب عن العلوم القانونية ، أن يدهش لغرابة بعض الأحكام ، ففقيه النفس ، يرى فيها على العكس ، دليلاً جديداً ، على أن العقل البشرى ، قد جاهد وناضل ، فى مختلف البيئات ، فى سبيل الوصول إلى « الحقيقة القانونية » .

٣٧ — مقارنة المذاهب — وقد استبعدنا كذلك ، مقارنة المذاهب ، واكتفينا مؤقتاً ، بدراسة مذهب (أبى حنيفة) .

ذلك أنه قد تبين لنا ، أن الفقه الحنفى يمثل التشريع الاسلامى ، فى أولى صورته ، وأنقاها . ولا نرى مجازاة ما هو شائع ، من أن المذهب الحنفى ، هو أقرب المذاهب إلى التشريعات الحديثة . فهو على العكس ، أبعداها عنها ، وان كان فى مسائل العبادات يبدو أكثر تسامحاً من غيره .

أما التقسيم المشهور للمذاهب ، ما بين أهل الرأي وأهل الحديث ، فهو أيضاً تقسيم لا نرى له معنى . فإن جميع المذاهب ، في الواقع ، تلجأ إلى الاستدلال العقلي ، سواء منها المالكية والشافعية والحنبلية . فمن المعروف ، أن نظرية « المصالح المرسلة » عند المالكية ، و « الاستصحاب » عند الشافعية ، تؤديان إلى ما يؤدي إليه « الاستحسان » عند الحنفية . وهذا التقسيم لا يفيد ، سوى أن الفقه الاسلامي ، قد اتباه ما اتباه غيره من التشريعات . ففيها جميعها ، يتجاذب المفسرين دائماً تياران ، تيار التوسيع ، وتيار التضيق ، في التفسير .

ونلاحظ أنه في موضوع الالتزامات ، قد راعى فقهاء المذاهب غير الحنفية ، احتياجات الحياة العملية ، أكثر مما صنع فقهاء الحنفية . وذلك رغم أن الأولين يتمسكون بالأحاديث في أكثر المسائل ، خلافاً للآخرين . ويبدو لنا أن فقهاء الحنفية ، قد اجتهدوا في جعل بنائهم التشريعي محكماً ، فقائهم شيء من المرونة . أما الفقه المالكي ، فهو ظاهر الأخذ بما يتطلبه العمل من القواعد المعقولة . أما الفقه الشافعي فقد بقي متردداً بين النزعتين . بينما الفقه الحنبلي قد اكتفى بخير الآراء من مختلف المذاهب ، ولم يظهر عليه أي طابع خاص . وفقه الشيعة يقرب كثيراً من فقه الشافعية .

يتضح مما تقدم ، أنه من المفيد ، ان لم يكن من الضروري ، افراد الفقه الحنفي بدراسة خاصة . وفي الواقع ، الصناعة مختلفة فيه ، عنها في المذاهب الأخرى . وقد لا نبالغ إذا قلنا ، أن هناك تشريعاً مالكيّاً ، وتشريعاً شافعيّاً ، وتشريعاً حنبليّاً كذلك .

ونذكر هنا أنه قد حاول بعض الفقهاء ، في هذه المذاهب ، الارتقاء إلى المبادئ العامة ، ومنهم (القرافي) في الفقه المالكي ، و (العز بن عبد السلام)

في الفقه الشافعي ، و (ابن رجب) في الفقه الحنبلي . وفي الفقه المالكي ، نوع من المؤلفات وردت بها أحكام المحاكم ، وقد سميت ، بالعمليات .

ونذكر أخيراً ، أنه قد اكتشف المستشرق (جريفي) ، كتاباً في فقه الشيعة الزيدية ، قال عنه أنه أقدم ما وجد من كتب الفقه الاسلامي .

وقد اهتم بعض الفقهاء ، منذ العصور الأولى ، بإيراد أحكام المذاهب المختلفة مجتمعة ، وهو ما يسمونه بعلم « الخلافات » . نذكر منهم (الطبري) و (الشعراني) . على أن هذا العلم ، لا يفيد في دراسة موضوعية للنصوص ، ذلك أنهم يوردون الأحكام ، كلا منها بجانب الآخر ، منتزعة من مذاهبها . والمسألة إذا انتزعت هكذا ، فقدت الكثير من قيمتها . وقد حاول (الشعراني) التقريب بين مختلف المذاهب ، على أساس من الصوفية ، لا يهمننا .

٣٨ — وما تقضى به الطريقة التي نقول بها ، الاستعانة بكتب الطبقات ، وتاريخ القضاة ، والتاريخ العام ، لتتبع التطور التاريخي للتشريع . وتقضى كذلك ، بالرجوع إلى ما وصلنا من الوثائق ، عما جرى عليه العمل بالفعل ، من قواعد التشريع الاسلامي ، كالأوراق البردية ، وما قد يرد في كتب الأدب العامة من النصوص القانونية .

ونحيل في هذا كله ، إلى قائمة المراجع ، التي صدرنا بها هذا الكتاب .

§ ٢ - عرض عام لنظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية

٣٩ - قبل الشروع في دراستنا الموضوعية ، على الطريقة التي رسمنا ، نعرض ما اقمناه على أساس المسائل ، من النظريات والتصويرات القانونية ، التي يتكون من مجموعها ، نظرية عامة للالتزامات ، على نسق تلك التي اقامها الرومان - فيكون هذا هيكلا وقتياً ، يساعد على تتبع الدراسة المستفيضة ، التي شرعنا فيها ، وهي قد تستغرق المؤلفات الطوال .

وستتبع في هذا الاستعراض ، الترتيب الآتي : نعرض في القسم الأول منه ، نظرية الالتزام في ذاته ، أي في عناصره المكونة ، من أطراف ، ومحل ، وسبب ، ثم في آثاره ، ثم في طرق انقضائه . وفي القسم الثاني ، نعرض المصادر التي يتولد عنها الالتزام ، ونبين أحكامها . وسنختم هذا الاستعراض ، يبحث في فكرة الالتزام ، كما تظهر لنا ، من خلال هذا الاستعراض .

القسم الأول : الالتزام في ذاته

١ - عناصر الالتزام

٤٠ - (أول) الطرفان - البحث في طرفي الالتزام ، لا يتناول في الواقع ، سوى أحوال تعددهما ، ذلك أنه في حالة توحد الملتزم ، والملتزم له ، تنطبق القواعد العامة . ولا يدخل في نطاق نظرية الالتزام ، البحث في الشخصية القانونية ، أو في الأهلية .

أما أحوال التعدد ، فقد جعلنا منها موضوع الباب الأول ، من مؤلفنا ، ولما كان قد ورد بحثها مستفيضاً ، في هذا الجزء ، فانا نكتفي هنا بالاحالة عليه .

٤١ - (ثانيا) موضوع الالتزام - باستعراضنا للمسائل التي توجد فيها ، بين شخصين ، رابطة التزام ، يتضح لنا أن موضوع هذا الالتزام ، لا يخرج عن أن يكون :

(١) تمليكا - بان ينقل شخص إلى آخر. ملكية عين ، أو يملكه منفعتها . ونطلق على هذا النوع من الالتزامات ، لفظ « التمليكات » .

(٢) تسليما - كالالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري .

ويلاحظ هنا ، أن تنفيذ الالتزام بالتمليك ، يقع في نفس اللحظة التي يتعهد فيها الملتزم ، إذا كان الشيء معيئاً ؛ كما أن التزام البائع بالتسليم ، لا يصح مؤجلا .

(٣) قد يكون موضوع الالتزام، عملاً آخر غير التسليم، كحفظ شيء، أو صنعه، أو خدمة الخادم.

وإذا كان موضوع الالتزام، تمليك قدر من النقود، أو من أشياء أخرى مثلية، سمي هذا الالتزام «دينياً». وله طبيعة خاصة في التشريع الإسلامي.

٤٢ — وسواء كان موضوع الالتزام تمليكا، أو تسليما، أو عملاً آخر، يلزم أن يكون محله من الأموال. فاهواء، والانسان الحر، لا يكونان لذلك، محلاً للالتزام.

ولا يعتبر مالا كذلك، ما كانت منفعته غير مشروعة، لأسباب خاصة. وإن عدم مشروعية الموضوع، هي التي تبطل، في الواقع، كذلك، التزام المغنية بالغناء، وتجعل المراهنات، في الأصل، باطلة؛ ولو أنه قد استثنى من المراهنات، ما من شأنه التدريب على الجهاد.

ويشترط في المال محل الالتزام، أن يكون ذا قيمة معتبرة، وإلا لم يكن هناك فائدة من الالتزام، كما لو باع كسرة خبز.

ويشترط أيضاً، ألا يكون محل الالتزام، مستحيل الوجود، بل يلزم وجوده حقيقة، وحساً. لذلك ليست الحقوق المجردة، محلاً للالتزام في الأصل. وكذلك حق الانتفاع بالشيء، لم يصح موضوعاً للالتزام إلا استثناء.

ويلزم وجوده حالاً، لا مستقبلاً. فلا يصح، في الأصل، بيع الأشياء المستقبلية. وقد طبقوا هذا الأصل، مع شيء من التعسف، ولو أنهم قد خففوا من وطأته، في بعض الأحوال. وهو لا ينطبق على جميع العقود، بل راعوا فقط وجوب الأخذ به، في العقود التي تأتي الغرر، كالمعاوضات.

ويشترط أخيراً ، أن يكون محل الالتزام ، معيناً تعييناً كافياً ، وذلك اتقاء للنزاعات . وقد كان هذا الشرط محل عناية خاصة ، وتوسع في البحث . على أنه يكفي هنا القول ، أن الجهالة قد تكون فاحشة ، أو يسيرة . وأنها تكون فاحشة ، إذا لم يبين الجنس ، الذي يدخل تحته محل الالتزام . وفي الأصل ، يلزم بيان الجنس ، والنوع ، والصفة ، والقدر . على أن الجهالة لا تأثير لها في التبرعات .

ويلاحظ هنا ، أن ملك الغير . لا يصح محلاً للالتزام ، مع تفصيل في حالة صدور التصرف من فضولى .

٤٣ - تعذر الحمل - إذا تعدد محل الالتزام ، فلا تستوفنا ، إلا الحالة ، التي تبرأ فيها ذمة الملتزم ، بالوفاء بأحد الأشياء المتعددة . وهو ما يسمونه ، في القوانين الحديثة ، « بالالتزام التخييري » . وقد وردت هذه الحالة في الفقه الاسلامي ، في صورة خيار ، وهو ما يسمونه « خيار التعيين » . ويلاحظ أن القواعد كانت تقضى هنا ، بعدم صحة الالتزام ، للجهالة . ولكن الاحتياجات العملية ، دعت الفقهاء إلى التجوز عنها . وقد قرروا ذلك بصريح العبارة . على أنهم لم يراعوا هذه الاحتياجات ، إلا بالقدر الضروري . وقد اعتبروا أن الحاجة تندفع ، إذا كان لأحد طرفي الالتزام ، أن يختار بين ثلاثة أشياء . فلم يصحوا الالتزام ، إذا زادت الأشياء على ثلاثة . أما الخيار ، فقد يكون للملتزم ، وقد يكون للملتزم له . ولمن له الخيار ، أن يختار أحد الأشياء ، فينحصر الالتزام في هذا الشيء ، ويصبح هو محل الالتزام دون غيره . ولا يشترط في رأى بعض الفقهاء ، تحديد مدة ، يبدى فيها العاقد رغبته .

وانما تقوم المسائل على أحوال الهلاك . وقد قرروا أنه إذا هلك أحد

الشيئين ، يصبح الآخر محلاً للالتزام . وكذا لو تلف أحد الشيئين .
ولكن إذا هلك الشيء بين يدي المشتري ، فيعتبر هو دون غيره ، محلاً
لالتزام .

ويلاحظ أن العقد إذا صحبه هذا الخيار ، لا يولد إلا رابطة ضعيفة ، فهو
يصبح « غير لازم » ، كما يقولون ، للعاقدين أن يرجع فيه ، ويترك جميع الأشياء
لابعضها فقط . فالعقد يكون ، في الواقع ، قد وصف بشرط ارادى ضمنى ،
وهو ما يسمونه « بخيار الشرط » .

٤٤ — الأشياء المثلية — المقدرات — إذا كان يلزم بيان محل الالتزام ،
بياناً كافياً ، يتميز به عن غيره من سائر الأشياء ، فإن هذا التعيين ، قد لا يجدى
في بعض الأحيان ، وهي التي يكون فيها محل الالتزام ، شيئاً مثلياً ، أى لا تتفاوت
آحاده تفاوتاً يعتد به . فيكتفى لتعيينه بالعد ، أو الوزن ، أو الكيل ، أو الذرع .
ويلاحظ أنه من الأشياء ، ما يعد ، أو يوزن ، أو يكال ، أو يذرع ، ولا
يعتبر ، مع ذلك ، مثلياً ، لانعدامه من السوق . وما يعتبر قيمياً — الحيوان ،
والبناء ، والأشجار ، والثياب . ويلاحظ أيضاً ، أنه من الأشياء التي لا تعد ،
ولا تقدر ، بطريق ما ، ما يعتبر مثلياً ، لأن بعضها يقوم مقام بعض ، وهي
ما يسمى « بالعروض » .

٤٥ — الذهب والفضة — ومن المقدرات صنفان ، يلعبان دوراً
هاماً في المعاملات ، وهما الذهب والفضة . فهما إذا ضربا ، اعتباراً نقوداً ،
يسهل التعامل بواسطتهما . وقد تستعمل بعض المعادن الأخرى ، في
ضرب النقود ، إلا أنها لن تعتبر أبداً إلا نقوداً مساعدة . وهي ما يسمى
« بالفلوس » . على أن الفلوس ، لا تعتبر دائماً من النقود ، فقد يعتبرها
الفقهاء ، في بعض الأحوال ، مجرد سلع مثلية .

وقد يوجد في البلد الواحد ، أكثر من نقد واحد . ويذكر الفقهاء مثلاً ،
الدرهم ، الفتحية ، ، والدنانير ، النيسابورية ، . ولن يصح الوفاء في هذه
الحالة ، إلا بالنقود الرائجة .

وفي الأصل ، تعتبر نسبة الدينار الى الدرهم ، كنسبة عشرة الى واحد .
والدينار من ذهب ، بينما الدرهم من فضة . ويرد كثيراً في النصوص ، ان
محل التعهد ، دراهم وزن سبعة ، وذلك معناه ان العشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل
من فضة ، أى ما يساوى أربعة قروش مصرية تقريباً . اما عن الفلوس ،
فيقولون ، الدرهم الواحد يساوى ثلاثة من الفلوس ونصفاً .

ويتبين من النصوص ، أن سعر النقد كثيراً ما كان يتقلب . لذلك نجد
في عبارات الاتفاقات ، ان الدنانير ، يجب ان تكون قيمتها كذا . وقد تهبط
كذلك ، قيمة الفلوس ، أو تكسد تماماً .

وفضلاً عن هذه التقلبات ، فان كثيراً ما كان يداخل النقود ، بعض
الغش . ولذلك هم يقسمون النقود ، الى « زيوف » ، و « ستوقه » ، أى ما غلب
غشه ، و « نهرجه » ، أى ما يردده التجار . غير أن هذه الألفاظ ، على كثرة
ورودها في كتب الفقه ، لم يتفق الفقهاء على معانيها ، فقد ذهب البعض الى
أن الزيوف تفضل النهرجه والستوقه .

٤٦ - (مثلاً) السبب - ليس بالتشريع الاسلامى ، نظرية
للسبب . ولكن ذلك ليس معناه ، أن فكرة السبب منعدمة من المسائل .
فان التشريع الاسلامى ، كما قلنا مراراً ، خلو من النظريات . ويلزمنا دائماً
استنباطها من المسائل .

وفي الواقع ، ان من عناصر الالتزام ، في التشريع الاسلامى ، السبب ،
ولو أن ذلك لم يذكر صراحة . والفقهاء ، عند ما يستعملون لفظ « السبب » ،

يقصدون ، في العادة ، مصدر الالتزام . وانا نجد مثلاً الشرطين يقولون ،
بوجوب ذكر « سبب » الدين ، في ذكر الحق . وكذلك يشترط ذكر
السبب ، في الدعوى بالدين .

على أن السبب الحقيقي : لالتزام المشتري بدفع الثمن ، ليس هو عقد
البيع ، بل انتقال ملكية الشيء المبيع إليه . هو يلزمه الدفع ، لأنه لا يجوز له
أن يجمع بين يديه ، في نفس الوقت ، الشيء وثمنه ، والثمن هو مقابل المبيع .
فهو ، إذا لم يدفع الثمن ، يكون قد أخل بالتوازن ، الذي يرمى العقد إلى تحقيقه .
وهذا التوازن هو ، في نظر الفقهاء ، المعادلة بين المتعاقدين .

ففي الواقع ونفس الأمر ، المقصود من السبب ، هو المعادلة . وقد جاء
في النصوص (الكاساني ج ٤ ص ٢٠١) أن « المساواة في العقود مطلوب
العاقدين » .

ومن تطبيقات فكرة المعادلة — أنه إذا هلك الشيء المبيع ، قبل التسليم ،
يسقط عن المشتري ، الالتزام بدفع الثمن ، ذلك أن الثمن لم يعد له مقابل .
وأنه إذا استحق المبيع من المشتري ، له أن يسترد الثمن . وأن البائع لا يلزم
بتسليم المبيع ، مادام الثمن لم يدفع .

على أن سبب الالتزام ، ليس دائماً عين ما تعهد العاقد الآخر بتعليكه ، بل
هو هذا التعهد نفسه . من ذلك أن الصانع ، الذي تعهد بالاشتراك مع غيره ،
بالقيام بعمل ، يستحق الأجرة ، ولو أنه لم يعمل بالفعل . وأن الشريك ،
إذا كان قد شرط عليه القيام بعمل ما ، يستحق نصيباً من الربح ، ولو أنه لم
يعمل بالفعل كذلك . وفي اجارة الأشياء ، تسلم العين المؤجرة ، سبب
لالتزام المستأجر بدفع الأجرة ، ولا يلزم بعد هذا ، أن يكون المستأجر قد
اتفع بالفعل ؛ على أنه إذا كان قد منع من الاتفعا ، لسبب خارج عن
إرادته ، سقط عنه الالتزام .

وفي التبرعات ، تظهر كذلك فكرة المعادلة ، كسبب لتعهد الواهب .
فقد قرر الفقهاء ، أن المفروض في الواهب دائماً ، أنه يهب ابتغاء عوض ما .
ولذلك هو يستطيع الرجوع في هبته ، إن لم يتحقق ما كان يرمى إليه من
العوض ، أو لم يتحقق في هبته ، أى غرض من الأغراض الأدبية ، التي
اعتبرت موانع للرجوع .

وفي غير عقود المعاوضات ، كالوديعة ، أساس التزام المودع ، هو أيضاً ،
فكرة المعادلة . ذلك انه يلزم برد الشيء ، لأنه يحوزه ، من غير
مقابل معتبر .

وتظهر فكرة المعادلة ، في الالتزامات غير التعاقدية ، كذلك . ففي الجريمة ،
سبب الالتزام بالتعويض ، هو الضرر . والتعويض ليس إلا أحد طرفي
المعادلة ، التي اختلت بحصول الأتلاف . ولذلك هو دائماً القيمة ، أو المثل ،
فيعود بدفعه ، ما كان قد ضاع على الملتزم له ، على التمام . وهو لذلك واجب
على القاصر ، أو المحجور عليه ، بوجه عام .

ولنفس الفكرة ، يستطيع دائماً من أوفى بشيء ، لم يكن واجباً عليه ، أن
يسترده . ذلك أن وجوده في يد من أخذه ، ليس له سبب ، حتى أن المشتري
الذي كان يعلم ، أن البائع ليس مالكا ، يستطيع مع ذلك ، استرداد ما دفعه
من الثمن ، في حالة الاستحقاق .

ومن تطبيقات نظرية السبب ، في التشريع الاسلامي كذلك ، أنه
لا يستحق الأجر ، على عمل ، كان واجباً على الملتزم أدائه . ذلك أنه في
الواقع ، ليس للالتزام بدفع الأجر هنا ، سبب . من ذلك ، أن الزوجة ،
لا تستطيع اشتراط الأجر على ارضاع طفلها ، ولا يلزم الزوج بدفع الأجر ،
ولو أنه قد تعهد لها بذلك صراحة .

من الثابت إذاً ، أنه لا يصح التزام ، إذا لم يوجد مقابل معتبر ، يتم به التعادل . ولكن المفروض دائماً في العقود ، أن الالتزامات التي تتولد عنها ، متعادلة . وهذه قاعدة من قواعد التفسير ، لتصحيح العقود .

٤٧ — فإذا كان البائع ، قد اشترى من المشتري ، قبل أن يقبض الثمن ، ما كان قد باعه له ، وتم هذا البيع الأخير ، بثمن أزيد مما كان يجب على المشتري — يكون المشتري ، قد حصل على فضل مال ، لغير ما سبب . ذلك أن الربح لا يجوز إلا إذا كان هناك اعتبار ، ولو ظاهري ، للصالح المتقابل له . فإذا رجحت كفة الميزان ، لصالح أحد المتعاقدين ، في صورة صارخة ، فسد العقد . وهذه هي نظرية الربا .

وفي الواقع ، كيف يتصور تعادل الالتزامات ، في عقد معاوضة ، إذا كان المتعاقدان ، قد تقايضا شيئين مثليين — مما يكال أو يوزن — من جنس واحد ، فنال أحدهما أكثر مما نال الآخر . من الظاهر ، أن الفضل هنا لا سبب له . كذلك الأمر ، إذا كان قد تسلم أحدهما المبيع في الحال ، بينما تعهده هو مؤجل ، والشيطان مثليان من جنس واحد . فمن الواضح ، أن أحد المتعاقدين يستفيد هنا من الشيء المسلم ، بدون مقابل ، إلى أن يحل الاجل . وهذا الخلل يظهر أيضاً ، ولو أن الشئين لم يكونا مثليين ، ماداماً من جنس واحد . ويظهر أخيراً ، ولو أن الشئين من جنسين مختلفين ، ماداماً مثليين . وقد حصر الحديث في هذه الفروض ، الحالات التي يكون فيها التعادل منتفياً بصورة واضحة .

على أنه يلاحظ هنا ، أن تياراً جارفاً ، قد اتجه نحو التخفيف ، من وطأة ما تؤدي إليه وجهة النظر هذه ، من النتائج الشديدة ، فقد يكون للفضل مقابل حقيقي ، وإن لم يكن ظاهراً . وقد اتخذوا للوصول إلى تصحيح العقود ،

في هذه الاحوال ، طرقاً شتى ، منها بيع الوفاء ، وبيع المراجحة ، والمضاربة .
وفي كتب العهد الاخير ، نجد المؤلفين يقرون الأوامر السلطانية ، التي تبيح
الفائدة الى قدر معين .

على ان نظرية الربا ، كتطبيق لنظرية التعادل ، تهيمن ، في الواقع ،
على نظرية الالتزامات ، في جميع نواحيها . وسنجد لها آثاراً بعيدة ، نبينها
في موضعها .

٤٨ — هذا هو التصوير الحقيقي لنظرية السبب في الفقه الاسلامي .
وقد تخيل البعض ، ان السبب في الفقه الاسلامي . ماهو الا الفائدة التي
يتطلبها المتعاقدان ، أو الفائدة المقصودة شرعاً من العقد .

اما الفائدة التي يتطلبها المتعاقدان ، فهي في الواقع ، شرط من شروط محل
الالتزام ، كما رأينا . واما الفائدة المقصودة شرعاً من العقد ، فناسبة الكلام
عنها ، نظرية سلطان الارادة . وقد ورد الكلام عنها في كتب الفقه ، في
كتاب الاجارة . وقد استقاهامنه ، من اراد اظهارها ، كشرط من شروط
صحة العقد . وفي الحقيقة ، إن عقد الاجارة لا يصح ، اذا استأجر المستأجر
الشيء ، لغير ما وضع للاجارة من الاغراض ، كما اذا استأجر الفرس
لا ليركبه ، بل للمفاخرة . ولكن عدم الصحة هنا ، لا ينبئ على عدم مشروعية
الباعث . ذلك أن عقد الاجارة ، لا يصح هو نفسه الا استثناء ، والاستثناء
قاصر على ما جرى عليه العرف . فإذا لم تصح الاجارة ، في الاحوال التي
ذكرناها ، فلأنها قد بقيت على الاصل .

والواقع أن الدافع أو الباعث ، لم يعتبر أبداً عند الفقهاء ، حتى أنهم قالوا ،
أن البيع يصح ، ولو أن الغرض الذي سيستعمل فيه المبيع ، غير مشروع .

٢ - آثار الالتزام

٤٩ - (أولاً) آثار الالتزام بالتفويض - تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد، بلا حاجة إلى أى إجراء آخر. فمجرد الاتفاق، ينقل الملكية إذاً فى التشريع الإسلامى، والفقه الإسلامى لا يعرف الشكلية، التى هى من مميزات التشريع الرومانى، والتى لا يخلو منها كذلك التشريع العبرى. وقد قرر الفقهاء هذا المبدأ العظيم بجملة، ومن تطبيقاته أن الزيادة فى المبيع قبل التسليم، هى من حق المشتري.

ولكن، بالرغم من ذلك، انتقال الملكية، لا ينتج جميع آثاره كاملة، ما دام التسليم لم يحصل. فان ضمان الهلاك، يبقى على عاتق البائع، إلى وقت التسليم. والمشتري لا يستطيع قبل التسليم، التصرف فى الشئ المبيع، إذا كان منقولاً. ويظهر من هذا الحكم الأخير، أن القبض، لم يفقد أهميته تماماً، ولو أن الفقهاء، لا يفسرون شرط القبض هنا، على هذا الوجه.

ونلاحظ أخيراً لظهور أهمية القبض، أن الالتزام بالتسليم لا يصح فى الأصل مؤجلاً، وأن الملكية فى عقد الهبة لا تنتقل إلا بالقبض، وأنه فى عقد الإجارة لا يملك المستأجر المنفعة إلا آناً فآناً بالاتفاق الفعلى.

٥٠ - (ثانياً) آثار الالتزام بعمل شئ - الحكم، فى الأصل،

هو التنفيذ المباشر، أى، أن على الملتزم، القيام بعمل عين ما التزم به. وفى النصوص، أن الصانع «يجبر» على صنع ما تعهد به. ولكن إذا لم يقم الملتزم بما أجبره القاضى على عمله، كيف الوصول إلى تنفيذ الالتزام؟

يظهر من بعض النصوص، أنه إذا كان موضوع الالتزام تسليم شئ،

للملتزم له ، أن يلجأ إلى بعض السلطات ، كدار المظالم والمحاسب (انظر الماوردي) . إلا أنه تدخل هذه السلطات ، هو في الواقع ، من الأعمال الإدارية . ويلاحظ أن التنفيذ القهري قد يكون مستحيلا استحالة مادية في بعض الأحوال . فما الحكم في هذه الأحوال ؟

يظهر أن للملتزم له ، أن يرجع إلى القاضي ، فيستأذنه في تنفيذ الالتزام ، على نفقة الملتزم ، فينقلب بذلك موضوع الالتزام ، إلى قدر معين من النقود . وهذا الحكم ورد في بعض الحالات .

على أن النصوص تشعر ، أن الطريق الذي يتبع في الغالب ، هو استصدار أمر بحبس الملتزم . من ذلك أن للدائن ، أن يحبس الكفيل بالنفس ، إذا لم يحضر المدين في الأجل المضروب . وكذلك للوديع ، أن يحبس المستودع ، إذا لم يرد . ما هو مودع لديه .

ولكن ، لا يمكن اعتبار الحبس هنا ، في الواقع ، سوى وسيلة من وسائل الإكراه على التنفيذ العيني ، وقد يستمر الملتزم ، بالرغم منه ، على إعناته .

٥١ — انقضاء العقد — وإذا لم ينفذ الالتزام بعمل شيء ، انقضى العقد ، من تلقاء نفسه . فإذا قصر المودع مثلاً في حفظ الوديعة ، انقضى العقد . وكذلك في المزارعة والوكالة . ونص صراحة ، على أنه إذا امتنعت الظئر عن إرضاع الطفل ، سقط العقد .

ولكن ذلك ليس معناه ، أن للملتزم له ، المطالبة بتعويض عما أصابه ، من جراء عدم تنفيذ الالتزام . فالتعويض لا يستحق ، في الفقه الإسلامي ، نظير ما فات الملتزم له من الربح ، ولا يراعى في تقدير الضرر ، ما أصابه من الخسارة بالفعل ، إن لم تنشأ هذه الخسارة ، عن هلاك شيء . فلا يعتبر الضرر ، إلا

إذا كان مادياً ، محسوساً ، والتعويض لا يكون إلا قيمة الشيء الهالك ، أو ما يمثله ، إن كان الشيء الهالك من المثلثات .

ويترتب على ذلك ، أنه إذا كان موضوع الالتزام ، عمل شيء ، لا يستحق الملتزم له تعويضاً ، عن عدم التنفيذ إلا إذا كان الشيء الملتزم بتسليمه ، أو بصنعه ، قد هلك ، أو تلف .

وفي هذه الحالة ، لا يشترط لاستحقاق التعويض ، أن يكون قد سبق تكليف بالوفاء .

٥٢ - نظرية الخطأ التعاقبي - ولا يشترط كذلك ، لاستحقاق التعويض ، أن يكون الهلاك قد حصل بسبب خطأ الملتزم . ذلك أن عدم تنفيذ الالتزام ، يضع الملتزم ، فيما نسميه « حالة إجرام » ، يصبح معها مسؤولاً عن الهلاك ، ولو حصل بغير خطئه .

ولكن يشترط ، أن يكون عدم التنفيذ ، راجعاً إلى خطأ الملتزم . وعدم التنفيذ ، هو عبارة عن مخالفة شروط التعهد ، أو عدم القيام به على الوجه الذي يحدده العرف ، إن لم تكن هنالك شروط صريحة . وفي الأصل ، يرجع إلى العرف ، لمعرفة مقدار ما يتطلب العمل ، من الحداقة .

ويلاحظ أنه ، إذا خولفت الشروط ، إلى ما هو خير منها ، في نظر الملتزم له ، لا تعتبر المخالفة إخلالاً بالعقد .

* أمثلة لبعض المخالفات - يعتبر الملتزم مخالفاً ، أي مخلاً بالتزامه ، في الأحوال الآتية - إذا كان مستأجراً ، ولم يرد الشيء المؤجر إلى المالك ، بعد انتهاء الإجارة . إذا كان مودعاً ، ولم يحفظ الوديعة ، هو نفسه ، أو من ينوب عنه شرعاً . إذا حمل المستأجر الدابة ، ما لم تستأجر لحمله ، وكذلك إذا حملها متاعاً ، وقد كان استأجرها ليركبها .

٥٣ — القوة القاهرة أو المحاراة الفجائية — قلنا ، أن عدم التنفيذ ،

يشترط فيه ، أن يكون راجعاً إلى خطأ الملتزم . ويعتبر كذلك ، ما دام لم يمنع من التنفيذ ، قوة القاهرة ، أو حادث فجائي . خطأ الملتزم ، هو في الواقع ، فعله ، كما سنبين ذلك ، عند الكلام على نظرية المسؤولية .

فتتنق المسؤولية ، إذا كان قد منع من التنفيذ ، فعل غيره ، كفعل قوة القاهرة كالآفة السماوية ، أو فعل السلطان ، وهو ما يسمونه « أمر السلطان » ، وعلى العموم ، كل ضرورة ملجئة . أو عذر ، وكل إكراه ، أو تهديد على النفس ، أو الجسم بما يتلفه ، أو على كل المال . وعلى الملتزم ، عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي .

فالمفروض دائماً ، أن السبب فعله . ولكن يلاحظ ، أن الأسباب القاهرة متعددة ، وقد توسعوا في فهمها .

على أنه يشترط دائماً ، أن توجد هذه الأسباب ، استحالة مطلقة ، تمنع من التنفيذ . فالحريق مثلاً لا يعتبر بالنسبة للودّع . قوة القاهرة تعفيه من وجوب حفظ الوديعة بنفسه ، إلا إذا كان يحيط بداره . ويشترط أيضاً ، ألا يكون في الامكان ، دفع هذه الأسباب . فان الجرّاد الذي يُسْطو على الزرع ليأكله ، قد يمكن رده ، فاذا أمكن المزارع رده ، ولم يفعل ، كان مسؤولاً . ولكن يكفي أن يكون ، في دفع السبب ، اضرار بمال الملتزم الخاص ، لكي يعتبر هذا السبب ، عذراً معقياً .

٥٤ — وقد توسع الفقهاء ، في اعتبار الأسباب المعفية ، إذا ما كان العقد إجارة ، أو مزارعة ، أو مساقاة ، وقد سموها « أعذاراً » .

ففي هذه العقود ، يعفى الملتزم من القيام بالتزامه ، لمجرد أن تنفيذ التزامه ، قد يلحق به ضرراً . على أنه يشترط هنا ، أن يحكم القاضي بالفسخ .

أمثلة ذلك — إذا أفلس التاجر، أو اعترف حرقه أخرى، لم يعبه ملتزماً باستئجار الدكان؛ إذ لم تعد له حاجة به، وفي الزامه باستئجاره ضرر. كذلك المؤجر، إذا تراكت عليه الديون، ولم يكن عنده من المال، سوى العين المؤجرة، أمكنه التخلص من التزامه، لبيع هذه العين في دينه.

على أن شرط العذر، أن يكون في التنفيذ، ضرر. فإذا كان في التنفيذ، مجرد تفويت ربح، لم يكن الملتزم معذوراً. مثل ذلك، المؤجر، إذا وجد من يستأجر العين بأجرة أزيد، ليس له فسخ الاجارة، لاجارتها لمن عرض أجراً عالياً. وليس له كذلك فسخها، إذا بدا له أن يسكنها، بعد أن أجرها. ومن أمثلة الأعذار، في اجارة الأشخاص — ما إذا مرض العامل، فان المرض عذر، يعفيه من التزامه بالعمل. أو إذا كان العمل يلحق به العار، في بيته، يعتبر هذا أيضاً، عذراً يمنعه من القيام بالعمل.

وقد اعتبروا أيضاً، من الأعذار، زوال الألم الذي ألم بضرب شخص، بعد أن اتفق على العلاج مع الطبيب. على أن العقد ينقضي هنا، في الواقع، لزوال موضوعه.

وفي الجملة، تشبه نظرية الأعذار هذه، ما اتجهت إليه أحكام بعض المحاكم، في العهد الأخير، وسمته « بنظرية الطوارئ ».

٥٥ — تقرير التمويه — كما سنرى، عند البحث في نظرية المسؤولية، القاعدة في تقدير التعويض، أن يكون مساوياً تماماً للضرر الواقع، فإذا كان الشيء المالك قيمياً، كان التعويض عبارة عن قيمته، وإذا كان مثلياً، كان شيئاً بمائته.

وفي المسؤولية التعاقدية، إذا أصبح الملتزم مسؤولاً عن التعويض، لهلاك الشيء محل الالتزام، لم يسأل عما وراء ذلك من الالتزامات، التي تكون

مرتبة على العقد . ذلك أن العقد قد انقضى .

فقضى عقد الإجارة مثلاً ، لا يكون ملزماً بالأجرة ، وهو ما يقرره الفقهاء إذ يقولون ، « إن الأجر والضمان لا يجتمعان » . وهذه الأجرة تسقط ، حتى ولو لم يهلك الشيء ، إذا كان عدم التنفيذ ، قد قضى على عقد الإجارة .

٥٦ — (ثالثاً) آثار الالتزامات التي يكون موضوعها قسراً من القود أو أشياء أخرى مثابة — القاعدة تقضى هنا أيضاً ، بأن يكون التنفيذ مباشراً ، أو قهرياً . ولما كانت الأشياء المثلية ، يقوم بعضها مقام بعض ، فإن التنفيذ العيني ، يكون متيسراً في هذه الأحوال ، إذ يبيع القاضي على المدين أمواله ، ويأخذ الدائن ما يطالب به ، من الثمن الذي يخرج من البيع .

على أن التنفيذ العيني قد لا يتيسر ، ذلك إذا لم يكن للمدين مال ظاهر ، وفي هذه الحالة ، ليس للدائن ، سوى سبيل الإكراه البدني ، وهو الحبس .

ولما كان الحبس ، ليس في الواقع ، إلا وسيلة ، يراد بها إكراه المدين على التنفيذ ، نجد الفقهاء يقررون ، أن حبس المدين لا يجوز ، إلا إذا لم يكن معسراً . فالمفروض عند الحكم بالحبس ، أن للمدين مالا ، ولكنه لا يظهره . حتى أن الفقهاء قد وضعوا قرائن ، لإثبات هذا اليسار ، فقالوا أن المدين يحبس ، متى كان الدين ناشئاً عن بيع ، أو قرض ، أو كفالة ، أو نكاح . ذلك لأن إقدامه على هذه العقود يفيد يساره .

وللقاضي أن يمهل المدين ، قبل الحكم بالحبس . على أن الدائن لا يستحق ، في حال من الأحوال ، تعويضاً ، من أجل التأخير في الدفع .

٥٧ — ويلاحظ ، أن العقد لا يفسخ ، لمجرد عدم تنفيذ الالتزام هنا ، كما في الالتزام بعمل شيء . فقد نصوا على أنه ، إذا انقطعت من السوق ،

الأشياء المثلية التي اقترضها شخص من آخر ، فلا يفسخ التزام المقرض برد أشياء مماثلة ، وليس للدائن سوى الانتظار . وكذلك لا يفسخ عقد البيع ، إذا لم يدفع المشتري الثمن ، عند حلول الأجل ، فليس للبائع في هذه الحالة ، إلا التوسل بالأكره البدني ، أو بيع مال المشتري في دينه .

٥٨ — هذا ، والالتزامات الناشئة عن جرائم ، تدخل في الغالب ، في هذا النوع . ولكن قد يكلف المتلف ، في بعض الأحوال ، بإعادة ما أتلّفه إلى الحالة التي كان عليها . فالتنفيذ في هذه الأحوال ، يعتبر عينياً .

٥٩ ° — ويمكن القول : بناء على ذلك ، أن ذمة المدين المالية ، هي التي تسأل عن هذا النوع من الالتزامات جميعه ، وللدائنين ، على هذه الذمة ، حقوق متساوية ، يتزاحمون بموجبها ، بنسبة ديونهم ، ما لم يكن البعض ممتازاً على البعض الآخر ، بسبب ما اشترطه من الرهن ، أو خصه به الشرع من حق حبس .

٦٠ ب — وللدائن تفليس المدين ، وفي هذه الحالة ، تباع أموال المدين جميعها ، وتوفي منها الديون ، لكل دائن ، بنسبة دينه .

وقد تنشأ حالة شبيهة بالافلاس ، عند وفاة المدين ، فهو في أثناء مرضه الأخير ، لا يستطيع محاسبة بعض الدائنين ، على حساب البعض . ولهؤلاء ، إبطال ما صدر منه ، من التصرفات الضارة بهم . ولكن يلاحظ ، أنه ليس لهم ، في الأصل ، استعمال حقوق المدين ، صيانة لمصالحهم .

٦١ — في الإجراءات — (١) في إجراءات الأكره البدني —

لا يجوز الحكم بالحبس ، إلا إذا كان الدين حالاً ، وبناء على طلب الدائن . ولا يمكن الحبس لأكثر من ثلاثة شهور .

وإذا لم يدفع المدين ، رغم حبسه ، اعتبر معسراً . والمعسر ، وإن لم يحجز حبسه ، يمكن ملازمته ، أى مراقبته ، حتى إذا تبين ، أنه قد حصل على مال ، سارع الدائنون إلى اقتسامه .

ويجوز الحكم بالحبس على الوصى ، لدين على الصغير ، نشأ عن جريمة ، ذلك إذا كان مال الصغير ، فى حوزة الوصى .

ويلاحظ أخيراً ، أن المدين المحبوس لا يعتبر مفلساً ، فهو له أن يتصرف فى أمواله كيفما شاء .

٦٢ - (ب) فى إجراءات نزع الملك - قد رأينا ، أن المدين قد يحبس . إذا هو لم يدفع ، وكان موسراً ، على أن للدائن فى جميع الأحوال ، أن يطلب من القاضى ، بيع أمواله .

والقاضى ، هو الذى يتولى أمر البيع ، ما لم يكن الدائن المرتهن ، قد تحصل على توكيل صريح . باجرأه البيع . وكثيراً ما نجد فى كتب الشروط ، عقود الرهن ، تنص على حق الدائن المرتهن ، فى بيع الرهن ، بتوكيل من الراهن ؛ على أن يكون المرتهن فى هذا ، وكليلاً غير قابل للعزل .

ويلاحظ مع ذلك ، أن الشرط الذى يقضى ، بأن الشئ المرهون يصبح عند حلول الأجل ، مملوكاً للمرتهن ، شرط غير صحيح . ولا يفيد للوصول إلى هذا الغرض ، التوسل ببيع الوفاء .

٦٣ - لو كان للمدين نقود ، يأمر القاضى بتسليمها عيناً للدائن . على أن للدائن ، الاستيلاء عليها . دون حاجة إلى إذن من القاضى . ويعتبر هذا أثراً من آثار عهد ، كان الحق يؤخذ فيه باليد .

ويلاحظ ، أن التمكن من أخذ المطلوب عيناً ، فى هذه الحالة ، يدل على

أن الأصل في التنفيذ، أن يكون عينياً . وهذا الحكم قد أخذ به (أبو حنيفة) ، ولو أنه لا يرى جواز نزع الملك ، لوفاء الديون .

٦٤ — مقرون الدائنين — إن الدائنين متساوون في الحقوق ، في الأصل . ولكن إذا كان لأحدهم رهن ، أخذ دينه من ثمن الرهن . بالامتياز على باقي الدائنين . وكان له أيضاً حق حبس الرهن .
وحق الحبس مقرر أيضاً شرعاً :

(١) لمصلحة الصانع — ولكن يشترط أن يكون لعمله ، أثر محسوس في الشيء الذي يحبسه . لذلك ، ليس لمن حمل شيئاً ، حق حبس هذا الشيء ، حتى يستوفي أجرة عمله .

(٢) لمصلحة البائع — إذا لم يدفع المشتري الثمن . وللبائع حق حبس المبيع . ولو أن المشتري قد أفلس . أو مات .

(٣) لمصلحة الوكيل بالشراء — إذا كان قد دفع ثمن الشيء ، من ماله الخاص . فهو يحبس الشيء المشتري ، إلى أن يحصل على ما دفعه . من الموكل .

(٤) لمصلحة صاحب العلو إذا بنى السفل — فلصاحب العلو . أن يمنع صاحب السفل . من سكناه . ما دام لم يؤد له ما أنفقه . وله ، بعد استئذان القاضي ، أن يؤجر السفل . ليحصل على دينه ، من الأجرة .

(٥) لمصلحة من وجد اللقطة — فهو له حبسها إلى أن يدفع له المالك ، ما يستحقه .

وحق الحبس ، يخول الدائن ، الحق في حفظ الشيء . إلى أن يستوفي دينه ؛ وفي بيعه ، وأخذ دينه ، بالامتياز ، من ثمنه . وإذا تبقى شيء من الثمن ، بعد أخذ الدين ، رجع هذا الباقي ، إلى ذمة المدين المالية .

٦٥ - (ح) في إجراءات الإفلاس - للدائن، أن يطلب تفليس مدينه . ولا يشترط في تفليس المدين، سوى أن يكون له مال . والقاضى هو الذى يشهر الافلاس . أما الغرض من الافلاس، فهو منع المدين من تبديد ماله، أو محاباة بعض الدائنين، على حساب البعض الآخر .

ذلك أنه بعد الافلاس، لا يستطيع المدين، التصرف فى ماله، تصرفاً ضاراً بدائنيه . فهو لا يستطيع أن يهب، أو يبيع بغيره . وإذا فعل ذلك، كان تصرفه غير نافذ . على أن هذا البطالان نسبي . فالتصرف صحيح بالنسبة لمن صدر له . ولهذا الأخير، أن يتمسك به، متى ما أوفى المدين، بجميع ديونه للدائنين . ويلاحظ، أن الحجر لا ينصب إلا على الأموال، التى تكون موجودة وقت الافلاس . وهذه الأموال، يبيعها القاضى، ويوزع ثمنها على الدائنين، بنسبة ديونهم . ولا امتياز للبائع، الذى لم يدفع له الثمن، على الشيء المبيع . وقد نصوا، على أن للمفاس، أن يتقاضى نفقته، من المال المحجور عليه (التفليسة) .

٦٦ - ويشبه بالمفلس، المريض مرض الموت . فهو لا يستطيع التصرف فى أمواله، تصرفاً ضاراً بدائنيه، ولا يستطيع محاباة بعض الدائنين دون بعض . ومن ذلك، أنه إذا استخدم عاملاً، لا يصح دفعه له الأجرة، بل يكون العامل، اسوة غيره من الغرماء . ولا يصح، أن يوفى بدين أحد الدائنين، دون باقى الديون، ما لم يكن هذا الدين، ناشئاً عن قرض، عقده فى حالة المرض، أو ثمن شيء اشتراه فى حالة المرض . وإذا أقر بديون، أثناء مرضه، لا تدفع هذه الديون، إلا بعد حصول الدائنين الآخرين على ديونهم، ما لم يكن للديون المقر بها، أسباب ثابتة . ويشترط فى هذا كله، أن يكون قد اتصل الموت فعلاً بالمرض .

٦٧ — وعند وفاة المدين يتحدد نهائياً ماله وما عليه ويتكوّن من أمواله مجموعة ، تشبه مجموعة أموال المفلس . فيبيعها القاضى ، ويوزع ثمنها بين الدائنين ، بنسبة ديونهم . ولكن يشترط فى هذا ، أن يكون ما على المتوفى ، أكثر مما له . ولذلك تعتبر تصرفات الورثة ، فى هذه الحالة ، غير نافذة . فهم لا يستطيعون حتى ولا تسلم الوديعة من المودع ، ولا ما كان يجب دفعه للورث من النقود . على أنهم إذا أوفوا بديون التركة يستطيعون التصرف فى الأموال ، تصرف الملاك .

٣ — احكام الالتزام الموصوف باجل او بشرط

٦٨ — (أول) اصول — (١) فى التقييدات — الالتزام بالتملك ، فى الأصل ، لا يرد عليه الأجل . فلا يصح بيع شىء بعد سنة مثلاً . ولكن يصح مع ذلك ، تأجيل الالتزام بالايجار ، بأن يكون للمستأجر ، الحق فى المنفعة ، بعد سنة مثلاً ، لا قبل ذلك .

(ب) فى الالتزامات بالتسليم — هذه الالتزامات ، كالتملكات ، لا يصح اتصافها بالأجل ، إذا كان محلها عيناً معينة . وعلى ذلك ، يكون الالتزام بالتسليم ، دائماً حالاً .

(ج) فى الالتزامات التقديرية — تصح هذه الالتزامات ، فى الأصل ، مؤجلة . ولكن الدين الناشئ عن عقد قرض . لا يكون أبداً إلا حالاً ، كذلك الدين الناشئ عن الاقالة من البيع .

ويلاحظ ، أن الالتزام بالتملك ، أو بالتسليم ، يفسد هو نفسه ، إذا لحقه

الأجل. وليس للدائن في هذه الأحوال، المطالبة بالشئ، لا مستقبلاً، ولا حالاً. بينما الالتزام بدفع مبلغ من النقود، لا يفسد، إذا لحقه الأجل، في الأحوال التي لا يصح فيها الأجل، وغاية ما يترتب على بطلان الأجل، وقوع الالتزام حالاً.

٦٩ — والأجل — في الأحوال التي يصح فيها — يعتبر دائماً في مصلحة المدين. ولذلك يستطيع المدين، التنازل عن الأجل متى شاء، فيجبر الدائن على قبض دينه معجلاً. ولا يستطيع المدين، بعد الوفاء، استرداد ما دفع معجلاً.

ويلاحظ أنه، إذا كان الثمن، في عقد البيع، قد روعي عند تقديره وجود الأجل، يتعين، إذا حصل الوفاء معجلاً، أن يستنزل شئ من الثمن، بالنسبة. ولكن لا يصح الاتفاق، على التنازل عن بعض الدين، في مقابل الوفاء به معجلاً.

٧٠ — ويعتبر الالتزام المؤجل، قائماً في أثناء الأجل. ولذلك يحق للملتزم له، مقاضاة الملتزم، بقصد اثبات حقه، ولو لم يحل الأجل. ذلك أن التأجيل يؤخر فقط، تنفيذ الالتزام. وفي الأصل يعتبر، أن من منح أجلاً، متبرع.

والأجل، قد يكون معيناً، أو غير معين. وقد تكون جهالة الأجل فاحشة، أو يسيرة. فإذا تعهدت بأن أوفى إلى الحصاد، تعتبر الجهالة يسيرة. وإذا تعهدت بأن أدفع عند ما تمطر السماء، أو عند وفاة فلان، تعتبر الجهالة فاحشة. وهذه الجهالة، تفسد العقد المقترن بالأجل، ما لم يكن العقد، عقد كفالة، أو ما لم يكن الأجل ممنوحاً بعد العقد. ففي الحالتين الأخيرتين، لا تؤثر الجهالة في الأجل، ما لم تكن فاحشة، فيبطل.

٧١ — وفي حساب الأجل ، لا يدخل اليوم الأخير . فيعتبر الأجل منقضاً عند حلول اليوم الأخير ، ولا ينتظر انقضاء هذا اليوم الأخير .
ويسقط الأجل بموت المدين . وهذه القاعدة عامة ، ومبنية على فكرة عدم انتقال الالتزام إلى الورثة بسبب الموت . ولكن لا يسقط الأجل بموت الدائن .

٧٢ — **الفقه العملي** — إن الحكم بعدم صحة الأجل في أكثر الأحوال ، أوجد صعوبات في العمل ، حاول الفقهاء علاجها ، عن طريق الفقه العملي . وفي كتب الحيل ، يظهر أثر هذا الاتجاه ، لاسيما في سبيل الوصول إلى تصحيح الأجل ، في عقد القرض .

وهناك في نص ورقة من الأوراق البردية ، محفوظة بمتحف برلين تحت رقم ٨٠٠٧ — وقد عثروا عليها في الفيوم ، ويرجع تاريخها إلى سنة ٤٠٤ هـ — ذكر للأجل ، حيث يمنح الدائن فيها للمدين ، أجلاً ، للوفاء بما ترتب في ذمته ، تعويضاً عن اتلاف . ومن المعلوم ، أن الدين الناشئ عن اتلاف ، لا يصح تأجيله في رأى (زفر) . فيكون المتعاقدون في هذه الورقة ، قد اتبعوا ظاهر المذهب . (انظر مجموعة متحف برلين ص ٣١) .

٧٣ — والتعليل النظري لابطال الآجال في أكثر الأحوال ، نجده في فكرة التعادل . ذلك أن الأجل يعتبر في الواقع ، منفعة بلامقابل . وهذا ظاهر في الالتزام بالتملك وبالتسليم . ولما كان على المقرض أن يرد إلى المقرض ، قدرأ مساوياً لما اقترضه لا أكثر ، خوفاً من الربا ، كان من المتعين ، أن يكون للمقرض الحق ، في أخذ البدل في أى وقت . وإلا كان الأجل حتماً زيادة منفعة ، لا مقابل لها . على أننا قد رأينا ، أنه في عقد البيع ، قد يراعى عند تقدير الثمن ، أنه لن يدفع حالا .

٧٤ - (ثانياً) الشرط - المقصود بالشرط هنا، كل أمر مستقبل وغير محقق، يعلق عليه وجود الالتزام أو انقضاؤه. ولذلك هو يكون تارة توقيفياً، وتارة فاسخاً. ويشترط أن يكون هذا الأمر، من الممكن وجوده، لا مستحيل الحصول.

على أن الالتزامات الناشئة عن عقود تملكيات، لا يصح تعليقها على الشرط. ذلك أن التعليق يفسد هذه العقود. أما في حوالة الدين، والكفالة فإن التعليق يصح، ما دام الشرط ملائماً للعقد، فيجوز مثلاً تعليق كفالتي، على استحقاق الشيء المبيع من المكفول عنه. ولكن لا يفسد الشرط غير الملائم، عقد الوكالة، بل يبطل أثره هو، إن كان غير ملائم.

وفي الأصل أيضاً، لا يصح تعليق عقود التملكيات، على شرط فاسخ. ولكن مع ذلك، فقد يشترط النائع، أنه إذا لم يدفع المشتري الثمن في مدى ثلاثة أيام، يفسخ العقد. وقد قالوا صراحة، أن الفسخ هنا، قد تعلق على شرط.

٧٥ - والسبب في عدم تصحيح الالتزامات الشرطية، يرجع إلى الرغبة في الابتعاد، عن كل ما من شأنه إيجاد الغرر، وعدم الاستقرار في المعاملات.

ولكن، استثناء من هذا المبدأ العام، قد صحح الفقهاء، الالتزام المعلق على شرط توقيني ارادي بحت، إذا نص عليه المتعاقدون عند العقد، أو بعده مباشرة. والغرض من هذا الشرط، هو توفير الفرصة على المتعاقدين، لكي يمعنوا التفكير، قبل الارتباط نهائياً، بقيود التعاقد. وهو ما يسمونه «بمختيار الشرط».

٧٦ - آثار هذا الشرط أثناء نفعه - إذا اقترن العقد بشرط

ارادى بحت، لم يتوقف حكمه، إلا بالنسبة للمتعاقد، الذى اشترط الشرط لنفسه. وينشأ عن ذلك، أن العقد يكون ذا أثر، بالنسبة لأحد الطرفين، لا أثر له، بالنسبة للآخر. أما إذا كان الشرط، قد اشترطه كل من الطرفين لنفسه، فالعقد لا يكون له أثر مطلقاً، أثناء تعلق الشرط. وهذا هو الأصل.

لذلك ليس للبائع المطالبة بالثمن، إذا كان التزام المشتري معلقاً على هذا الشرط. وكذلك ليس للمشتري. المطالبة بتسليم المبيع، إذا كان تعهد البائع موصوفاً بهذا الشرط. ذلك أن البائع، إذا كان تعهده شرطياً، يبقى هو المالك للمبيع، مادام الشرط لم يتحقق؛ ولكنه لا يستطيع مطالبة المشتري بالثمن. وعلى العكس، يعتبر المشتري الذى قبل البيع تحت شرط، مالكا للمبيع، دون أن يكون ملزماً بدفع الثمن.

وهذه النتيجة الغريبة لم ترق (لأبي حنيفة)، ذلك أنها تؤدي إلى أن يجتمع في يد المشتري، الشيء، وثمرته. ففى رأى (أبي حنيفة)، يخرج الشيء من ملك البائع، لكنه لا يدخل في ملك المشتري. ولكن، من يكون المالك، في هذه الحالة؟

وقد ورد في غير ظاهر الرواية، أن البائع لا يكون ملزماً، في هذه الحالة. بتسليم المبيع، وإذا سلمه يستطيع اجبار المشتري، على دفع الثمن، رغم أن تعهد المشتري شرطى. ومن جهة أخرى، يستطيع المشتري، إذا دفع الثمن إلى البائع، أن يطالب البائع بتسليم المبيع، ولو أن تعهد البائع شرطى، حتى إذا ما أبى البائع، استرد المشتري ما دفعه.

وفى الواقع، سبب الاشكال هنا، أنهم اعتبروا العقد قائماً، على ارادة واحدة، وذلك شذوذ، أدى الى هدم التعادل بين المتعاقدين، كما رأينا.

ومن آثار هذا الشرط أثناء تعلقه، أن الشفعة لا يصح طلبها، مادام الشرط

الذى اشترطه البائع ، لم يتحقق ، ولكنها تطلب ، اذا كان الشرط قد اشترطه المشتري .

والمشتري ليس له الاتّفاع بالعين المشتراة ما دامت معتبرة مملوكة للبائع ، وكذا الأمر في الإجارة .

واذا هلك الشيء في يد المشتري ، وكان قد قبضه ، رغم أن تعهد البائع شرطى ، يهلك على المشتري ، تطبيقاً للنظرية العامة في الضمان . ولذلك لا يلزم بدفع الثمن . أما إذا كان الشرط ، قد اشترطه المشتري ، فالهلاك يكون عليه ، لأنه مالك . ومن المعلوم ، أنه يجوز له ، رغم أن تعهده شرطى ، دفع الثمن ، ولكن لا يصح إجباره ، فى الأصل .

٧٧ — آثار الشرط عند تحققه — لا يظهر أثر العقد ، إلا عند تحقق الشرط . ولكنه يعتبر مع ذلك حاصلًا من تاريخ صدور العقد .

فلا شرط إذاً ، أثر رجعى . ويدل على ذلك ، أن المشتري يعتبر مالكا للبيع ، من تاريخ حصول العقد . ولذلك تكون الزيادة الحاصلة ، فى أثناء تعلق الشرط ، مملوكة له . وأن حق الشفعة يسقط ، اذا لم يطالب بها صاحبه ، عند حصول العقد ، وقبل تحقق الشرط . وأن محل العقد ، يشترط وجوده ، عند انقضاء العقد ، ولا يشترط وجوده ، عند تحقق الشرط .

واذا كان الشرط قد اشترطه المشتري ، فإن تحققه يخول البائع الحق فى المطالبة بالثمن ، ولكن اذا كان هناك أجل لدفع الثمن ، فلا يبدأ سريان هذا الأجل . إلا من تاريخ تحقق الشرط .

أما عند تخلف الشرط — فإذا كان قد اشترطه البائع — يبقى البائع مالكا كما كان ، فإذا كان قد قبض الثمن ، يلزمه رده . أما اذا كان قد اشترطه

المشتري ، فلا يدفع المشتري الثمن ، ويعود الشيء إلى ملك البائع ، كما لو لم يكن قد انتقل ملكه .

٧٨ - كيف يتحقق الشرط ؟ - يعتبر الشرط متحققاً ، إذا لم يبد الملزم ، بحضور الملزم له ، وفي مدة أقصاها ثلاثة أيام (في رأى أبي حنيفة وفيما عدا الكفالة والحوالة) رغبته في عدم التعاقد . فإذا أبدى هذه الرغبة ، يعتبر الشرط متخلفاً ، بغير حاجة إلى حكم القضاء ، ويظل العقد عندئذ ، معدوم الأثر ، كأن لم يكن .

وعلى العكس ، يكفي في اعتبار الشرط متحققاً ، مجرد السكوت عن إبداء رغبة ما . فلا يشترط إذا التصديق صراحة على العقد ، ذلك أن مجرد انقضاء الأجل ، يعتبر في الواقع تصديقاً ، وكذلك مجرد وفاة الملزم ، دون إبداء رغبته . ومن البديهي ، أن التصديق الصريح في الأجل ، يعتبر بالأولى تحقيقاً للشرط ، وكذلك التصديق الضمني ، كما لو تصرف أحد المتعاقدين في المبيع . أو اتفَع به لنفسه . ويؤدي هذا الحكم ، إلى حماية الغير من أثر الشرط ، وقد يجهلونه .

ويلاحظ أخيراً ، أن هلاك الشيء ، أو تلفه ، أو تغير شكله . يعتبر بمثابة التصديق . فيتحقق بهذه الأسباب ، الشرط حتماً .

٤ - انقضاء الالتزام

٧٩ - (١) في الوفاء - الوفاء هو الطريق الطبيعي لتخلص الملزم من التزامه ، وانحلال رابطة الالتزام . وقد قال الفقهاء عند تصويرهم للوفاء ، أنه عبارة عن عقد ، فالوفاء عندئذ بمثابة من يبيع ، هو يبيع ما يملكه

من الأشياء بالفعل ، في مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به .
ويلاحظ أن هذا التحليل لا يرد إلا على الالتزامات النقدية ، أو ما في حكمها . وطبقاً لهذا التصوير ، يكون ماهو مطلوب من الملتزم ، قيمة مجردة ،
بينما أن ما يدفعه هو أشياء معينة .

ولذلك هم يقولون ، أن الوفاء في هذه الأحوال ، لا يقضى على الدين نفسه ،
ذلك أن ما دفع ليس هو الدين نفسه ، ولا يترتب على الوفاء سوى وقوع
مقاصة بين مادفع ، وما كان واجباً دفعه . وبحصول المقاصة تمتنع المطالبة
فقط ، ويبقى الدين قائماً . أما أن المطالبة تمتنع ، فلأنه لا فائدة ترجى من مطالبة
الدائن بما هو واجب ، إذ يستطيع المدين عند ذاك أن يسترد هو بدوره ما
قبضه الدائن ، ولا فائدة كذلك من مطالبة المدين باسترداد ما دفعه بالفعل ،
لأنه باسترداده يصبح مهدداً بمطالبة جديدة .

وهذا التحليل على دقته ، لا يخلو من الآثار العملية . من ذلك أن الدائن
يستطيع الإبراء من الدين بعد حصول الوفاء ، لأن الدين لم ينقض بالوفاء ،
فيصادف إبراؤه محلاً . وتظهر فائدة هذا الإبراء إذا ما كان الموفى غير المدين ،
فانه يستطيع بعد هذا الإبراء ، أن يرجع على الدائن بما كان قد دفعه له .

٨٠ — (أولاً) طرفا الوفاء — يصح الوفاء عن الغير ، ولكن ليس
لمن يوفى دين غيره ، الرجوع على المدين بما وفى . على أن وفاء يبرىء
بالفعل ذمة المدين ، ولكن الدائن لا يجبر على قبول الوفاء من غير المدين .
ولا يشترط أن يكون الموفى تام الأهلية للتصرف . فالقاصر المميز
يستطيع الوفاء .

ويجب أن يتم الوفاء للدائن نفسه ، وإذا حصل الوفاء للغير لا يكون الوفاء
مبرئاً ، ما لم يكن هذا الغير وكيلًا . ويجب الوفاء للوكيل ، ولو أن المدين

يدعى أنه قد سبق له أن أوفى الدين للدائن . وليس للدين في هذه الحالة ، سوى الرجوع على الدائن ، بعد دفع الدين للوكيل المدعى . وهذا الحكم تقضى به نظرية الدعوى .

والوفاء لناقص الأهلية ومن في حكمه ، لا يبرىء المدين ، ما لم يستفد الموفى له من هذا الوفاء .

٨١ — (ثانياً) الموفى به — يشترط في الموفى به أن يكون نفس الشيء المطلوب ، ولا يصح للملتزم له المطالبة بشيء آخر أو بقيمة الشيء المطلوب . وليس للملتزم كذلك أن يرغب الملتزم له على قبول شيء آخر غير محل الالتزام ، ما لم يكن هذا الشيء من صنف أجود مما اتفق عليه . ويلزم الوفاء بجميع المطلوب ، ما لم يكن المدين معسراً ، فيصح الاجتزاء ببعض المطلوب .

وإذا كان محل الالتزام مبالغ من النقود ، يجب أن يتم الوفاء بالنقد النافق . وإذا كان قد إلتاب الفلوس تقلبات — صعود أو هبوط — فالمدين يبرأ إذا وفى بالنقد وبالقدر المتفق عليهما في العقد ، ولا ينظر إلى القيمة الحقيقية لما يدفعه من النقد . ولكن إذا كسد النقد المتفق عليه كساداً تاماً ، فلا يصح اداة للوفاء ، ويرجع في هذه الحالة إلى قيمة المبلغ المتفق عليه ، قبل الكساد مباشرة .

٨٢ — (ثالثاً) زمانه ومكانه ونقطة الوفاء — إذا كان قد اتفق على أجل معين ، يستطيع المدين رغم الأجل الوفاء معجلاً . ويصح الاتفاق على أنه ، إذا لم يدفع قسط عند حلول أجله ، يصبح المبلغ جميعه حالاً .

أما مكان الوفاء ، فهو في الأصل ، المكان الذي تم فيه العقد ، وهذا مذهب الصاحبين . والمفروض في هذه الحالة ، أن محل الالتزام من الأشياء التي لحملها مؤنة . أما إذا لم يكن كذلك ، فلا أهمية لتعيين مكان الوفاء ،

ويصح الوفاء أينما وقع . ومكان الوفاء بالنسبة للبقرض ، هو مكان قبض القرض ، ولكن التزام المستودع بالرد ، يوفى به في محل المستودع .

ويلاحظ ، انه لا يصح الاتفاق ، على وجوب تسليم العين المعينة في مكان خاص ، وهذا الحظر يمت بصلة إلى حظر التأجيل ، في هذا النوع من الالتزامات . ولكن الفقهاء ، قد أجازوا استحساناً ، الاتفاق على وجوب تسليم العين المعينة ، في محل الملتزم له ، اذا كان هذا المحل ومحل الملتزم في نفس البلد . وعلى العكس ، يجوز دائماً الاتفاق ، على مكان يدفع فيه الثمن ، ما دام في هذا التعيين فائدة . ولكن لا يصح مثل هذا الاتفاق في عقد القرض ، مع إستثناء السفتجة .

أما نفقات الوفاء ، فتحملها الملتزم .

٨٣ - (رابعا) في فهم الديون - في الأصل . يعين المدين الدين الذي يخصم منه مقدار ما دفعه ، ويحصل تعيينه هذا عند الوفاء ، أو بعده . ولكن للدائن أن يرفض هذا التعيين عند الوفاء ، وفي هذه الحالة يخصم المدفوع من جميع الديون ، بنسبة كل دين . وهذا هو الحكم ، إذا كان يجب عليه مائة مثلاً بموجب عقد بيع ، ومائة بموجب عقد كفالة .

ولا يكون لتعيين المدين أثر كذلك . اذا كان الدينان من جنس واحد ، ويتم الخصم بالكيفية التي ذكرناها .

٨٤ - (٢) في الوفاء بمقابل - قد يقبل الدائن بدلا من دينه شيئا آخر . وهذا هو ما يسمى في القوانين الحديثة : « الوفاء بمقابل » . وقد ذكر هذا النوع من الوفاء ، في كتب الفقه ، على انه بيع ، أو اجارة ، حسب الأحوال . وقد يتخذ فيها أيضاً ، صورة عقد النكاح .

وعلى ذلك يتأتى فى الفقه الاسلامى ، أن يكون مقابل الوفاء التزاماً . كما
هى الحال فى الفقه الالماني ، بينما تشترط القوانين الحديثة . أن يكون مقابل
الوفاء عيناً معينة .

وإذا قبل الدائن عيناً معينة بدلاً من دينه ، يكون دينه عبارة عن ثمن ،
والشئ المعين عبارة عن مبيع .

وينقضى الدين فى جميع هذه الأحوال ، كنتيجة للمقاصة ، التى تقع بين
الدينين . على أن الوفاء بمقابل يتميز عن المقاصة ، فى أن الدين الآخر فى
الوفاء بمقابل ، هو دين حكى بحت .

٨٥ — وهذا التصوير للوفاء بمقابل ، يودى إلى النتائج الآتية : فإذا لم
يصح الدين ، لانعدام سببه ، أو لصوريته ، يبقى البيع قائماً . ولا مراء فى أنه
لو كان الأمر مجرد وفاء ، لبطل هذا الوفاء . وعلى العكس ، إذا فسخ البيع
قضاء ، لعب فى المبيع ، عاد الدين إلى أجله .
ويلاحظ أخيراً ، انه ليس لو كىل الدائن . أن يقبل عنه شيئاً ، فى
مقابلة الوفاء .

٨٦ — (٣) المقاصة — طبعها — قد صور بعض الفقهاء المقاصة ،
على أنها ابراء من الدين بمقابل ، وهى فى رأى البعض ، عبارة عن « شبه عقد » ..
ولكن النظر السائد ، على أنها عبارة عن وفاء حكى .

ويلاحظ ، أنهم لم يحلوا المقاصة ، على أنها تتضمن وفاء دينين ، فى نفس
الوقت ، كما فعل علماء القوانين الحديثة . فهى فى نظر الفقهاء ، تنطوى على
وفاء دين واحد ، وهو الدين السابق فى التاريخ . فيعتبرون أن صاحب هذا
الدين قد أوفى له بدينه ، بتنازل الدائن الآخر عن دينه ، أما هذا الدائن

الآخر ، فهو لن يستطيع ، بعد المقاصة ، المطالبة بدينه ، لأنه ، كما رأينا ، تنازل عن حقه . ولهذا التصوير النظرى ، بعض النتائج العملية .

٨٧ - شروط المقاصة - المقاصة فى الفقه الاسلامى حتمية . وتستتج هذه القاعدة الهامة بجلاء من الحلول . ويظهر أن نشوء هذه القاعدة ، لم يعترضه صعوبات ، وذلك لأنه من المقرر فقها ، أن للدائن أن يأخذ حقه ، دون استئذان أحد ، اذا ظفر بما هو من جنسه .

ويشترط لوقوع المقاصة الحتمية توافر الشروط الآتية :

(أولا) أن يكون محل كل من التعهدين . أشياء من جنس واحد ، ومن صنف واحد . فاذا كان محل أحد الدينين . أشياء من صنف أجود ، لا تقع المقاصة . على انه لا يؤبه لرفض الدائن ، اذا كان ما يطلبه هذا الدائن ، هو الصنف الأرذل . ذلك أن للدين ، أن يفرض على دائته . الوفاء بأشياء من صنف أجود ، كما رأينا .

(ثانياً) أن يكون الدينان فى قوة واحدة . فدين النفقة دين ضعيف ، لأنه يسقط بمضى مدة قصيرة ، فلا تقع المقاصة اذاً ، بينه ، وبين دين عادى . وهنا كذلك ، لا يعتبر ابراء صاحب دين النفقة .

(ثالثاً) أن يكون الدينان حالين .

٨٨ - ويستثنى من القاعدة المتقدمة حالتان ، لا تقع فيهما المقاصة ، رغم توفر جميع شروطها .

الحالة الأولى : إذا كان للمستودع دين على المودع ، لا يجوز للمستودع الاستيلاء على الوديعة ، ولو أنها من جنس ومن صنف ما يطلبه من المودع .
الحالة الثانية : اذا كان للمغتصب دين على المالك ، وتوفرت ظروف الحالة الأولى .

وفي جميع الأحوال ، التي لا تنأى فيها المقاصة المحتمية ، يجوز للطرفين الاتفاق على التقاص ، مع مراعاة وجوب الابتعاد عن شبهات الربا . ويشترط في حالتى الوديعة والغصب ، أن يكون الشيء ، فى حوزة الوديع أو الغاصب ، وقت حصول المقاصة الاتفاقية .

٨٩ - (٤) اتحاد الزمة - إذا مات الدائن ، وكان وارثه المدين ، حل هذا الأخير محل مورثه . فى ملك ما تركه ، ويصبح هو بذلك مديناً لنفسه . ولما اجتمعت هنا صفتا دائن ومدين فى نفس الشخص ، انقضى الالتزام لعدم الفائدة .

وهذا هو ما يحصل ، اذا ورث الكفيل الدائن ، أو ورث المحال عليه المحال .

٩٠ - ولكن لا يحصل اتحاد فى الزمة ، اذا مات المدين ، وكان الدائن وارثه . ذلك انه يحول هنا دونه ، مبدأ عدم انتقال الالتزامات إلى الورثة . فالتركة هى التى تسأل فى الفقه الاسلامى عن ديون المورث ، بما فيها دين الوارث . فلم يصبح هنا الوارث ، دائناً ومديناً ، فى نفس الوقت . وعلى ذلك . إذا لم يكن بالتركة مال ، يكتفى لسداد جميع الديون ، يتزاحم الوارث مع باقى الدائنين بنسبة دينه ، فدينه اذاً ، لم ينقض باتحاد الزمة .

٩١ - ومع ذلك قد يحصل أن تتحد الزمة فى شخص الدائن . فقد ينتقل اليه كل مال المدين ، وتستمر فى شخصه شخصية المدين . من ذلك ؛ اذا أصبح الدائن مالكا للبعد المدين ، ينقضى دين العبد باتحاد الزمة ، ولا يعود هذا الدين ، ولو فسخت الهبة التى نقلت ملكية العبد .

ويلاحظ اخيراً ان اتحاد الزمة لا يكون إلا جزئياً ، اذا تعدد الورثة .

٩٢ - (٥) البراء من الدين - طبيعة - في الاصل ، لا يشترط قبول المدين ليصح البراء ، ولكن يظهر أن قبوله مفترض في جميع الأحوال ، ولذلك يسقط البراء اذا قرر المدين صراحة انه لا يقبله . على انه لا يستطيع رفضه ، اذا صدر ما يدل على القبول قبل البراء أو بعده .

ويلاحظ مع ذلك ان الكفيل والمحال عليه ، لا يستطيعان رد البراء في حال من الأحوال .

ومما يدل على أن البراء هو في الواقع ، اتفاق بين ارادتين ، انهم قد قاسوه على عقد التملك ، فمنعوا تعليقه ، أو اقترانه بشرط غير ملائم .

٩٣ - وقد يتشكل البراء في صورة صلح أو هبة . اما الصلح ، فلا يكون في الواقع الا ابراء جزئياً ، اذا كان المصالح عنه والمصالح به من جنس واحد ؛ ويكون عبارة عن وفاء بمقابل ، اذا كان الجنس مختلفاً . على انه في الحالتين يتضمن الصلح التنازل عن بعض الحق . اما هبة الدين ، فلا تصح الا اذا كان الموهوب له هو المدين ، وقد اعتبروها ابراء اخذاً بالمعنى دون اللفظ ، فلم يشترطوا لذلك قبول المدين الصريح . على أن هذا الحكم ، هو ما استقر عليه المذهب ، بعد جدل .

ويلاحظ اخيراً ، أن البراء لا يرد الا على الالتزامات النقدية ، أو ما في حكمها . اما الأعيان المعينة فلا يرد عليها البراء . والتنازل عن بعض الحقوق ، كالحيارات ، يسمى اسقاطاً ، ويختلف تماماً عن البراء .

٩٤ - شرط البراء - لا يصح البراء الا بعد وجود الدين . على انه يكفي أن يكون الدين احتمالياً . من ذلك ، أن للكفيل أن يبرئ الاصيل ، ولو لم يوف بعد بما كفله للدائن ، وكذلك للتوَجَّر أن يبرئ من الأجرة التي تستحق ، اذا حصل الانتفاع . ولكن لا يجوز أبداً البراء عن دين مستقبل لم يولد بعد .

٩٥ — آثار البراء — بالبراء ينقضى الدين ، ويسقط من ذمة المدين . والمفروض فى البراءة من الدين انها نشأت عن وفاء ، اما البراء فلا يفترض .

وقد عثرنا على نص براءة ناشئة عن الوفاء ، فى ورقة بردية محفوظة بمتحف برلين تحت رقم ٨٠١١ فيوم ٤ ويرجع تاريخها الى سنة ٣٨٢ هـ . وقد صرح فيها المتعاقدون أن البراءة « براءة قبض واستيفاء » (انظر مجموعة متحف برلين ص ٢٥ — ٢٦) .

٩٦ — (١) التقادم — التقادم أومضى الزمن ، ليس من أسباب انقضاء الالتزامات ، فى الأصل . واذا كان للزمن أثر فى سقوط بعض الحقوق فى المسائل الجنائية ، فان مبدأ خلود الحق ، بقى سليما فى مسائل الالتزامات . هذا هو حكم الفقه الاسلامى الصحيح ، ولذلك نجد المسؤولية المدنية عن الجريمة باقية ، بعد سقوط الحد .

ولكن رغم هذه القاعدة . يسقط دين النفقة إذا مضت « بضعة شهور » على يوم استحقاقه ، وذلك إذا صدر حكم أو حصل اتفاق بين الطرفين ، وهو يسقط إذا لم يطالب به الدائن حالا . وقد فسر الفقهاء ذلك ، بأن دين النفقة دين ضعيف ، وأنه لا ينشأ فى الواقع إلا إذا أيدته حكم القاضى أو اتفاق الطرفين . لأن النفقة لا تجب إلا لاعالة المدين بدفع حاجته الحالة . وعلى ذلك ، لا يعتبر سقوط دين النفقة ، أثرا من آثار التقادم .

٩٧ — إلا أنه فى العهد الأخير ، قد أصدر سلاطين آل عثمان أوامر تغلب عليها الصبغة الادارية ، ويقصد بها منع التلاعب بالحقوق . وبموجب هذه الأوامر ، يتمتع القضاة عن نظر الدعوى ، التى يكون الحق المدعى به فيها . قد استحققت المطالبة به ، قبل خمس عشرة سنة من تاريخ رفعها . وقد

تولدت عن هذه الأوامر ، نظرية غريبة ، ذلك أن الفقهاء استمروا بعدها
يقررون أن الالتزام لا يسقط بمضى الزمن ، فأدى ذلك بهم إلى التفرقة
بين الحق والدعوى .

على أنه في الواقع ، لا يمكن القول أيضاً أن الدعوى تسقط بمضى الزمن .
فالقاضي يستطيع دائماً النظر في الدعوى ، إذا لم يترأ له أنها في الحالة
المعروضة ، تنطوي على شيء من الغش . والمنع هنا ، كما قلنا ، إداري ، حتى
لقد تساءل بعض الفقهاء ، إذا كان من الواجب تجديد هذا المنع ، كلما تولى
الحكم سلطان جديد .

٩٨ — فهذه النظرية — وقد خلقت خلقة — تخول في الواقع للمدين ،
الحق في أن « يدفع » دعوى الدائن ، بما يشبه « الدفع بالتدليس » عند
الرومان . ومن البديهي أن للمدين أن يتنازل عن هذا الدفع ، بأن يعترف بالمدين .
وقد اجتهد الفقهاء في تفصيل بعض الأحكام ، فقالوا أن سريان المدة
يقف ، إذا كان الدائن مجبوراً عليه ، أو غائباً ، أو عاجزاً لسبب ما ، عن
المطالبة قضاءً بحقه . وقد قرروا أيضاً ، أنه ينقطع سريان المدة ، إذا تخللتها
مطالبة ، بشرط أن تكون المطالبة قد رفعت إلى للقضاء .

٩٩ — (٧) أسباب إقراض بوقفاء الالتزام — قد ينقضي
الالتزام لهلاك محله . وقد نصوا على ذلك في حالة الشركة ، وفي الاجارة .
وكذلك قد يتفق المتعاقدان على أجل ، ينتهي عند حلوله العقد ، وتنقضي بذلك
معه الالتزامات المترتبة عليه . ويحصل هذا في عقد الاجارة ، وفي عقد
المضاربة .

ووفاء المدين معسراً تنقضي أيضاً نهائياً على التزامه ، ذلك أن الالتزام
لا ينتقل إلى الوارث .

ويلاحظ أخيراً ، أنه قد ينقض الالتزام لسبب مستمد من نظرية
الاثبات ، كالجحود .

١٠٠ - وليس الاستبدال سبباً من أسباب انقضاء الالتزام . ولكن
بما لا شك فيه ، أنه إذا اتفق الطرفان على الفسخ ، ثم جددا العقد بينهما ،
يكونان في الواقع قد قضيا على الالتزام الأول ، واستبدلا به التزاماً جديداً .
على أن هذا كله ، مجرد تطبيق للبداية العامة . أما لفظ « الاستبدال » ، فهو
كثير الاستعمال ، ويقصد به في الواقع الوفاء بمقابل .

ه - انتقال الالتزام

١٠١ - يلزمنا دراسة انتقال الالتزام ، أولاً من ناحية الموجبة ، ثم
ثانياً من ناحية السالبة ، وسيوضح لنا من هذه الدراسة ، أن قواعد الانتقال
في كل ، على طرفي نقيض . ذلك أن الالتزام في ناحية الموجبة ، غير قابل
للاتقال بين الأحياء ، ويقبل الانتقال بسبب الموت ؛ بينما هو في ناحيته
السالبة ، يقبل الانتقال بين الأحياء ، ولا يقبله بسبب الموت .

١٠٢ - (اولاً) انتقال الالتزام من ناحية الموجبة - (١) بين
الأمم - لا تنتقل الحقوق في التشريع الاسلامي بين الأحياء ، فلا ينتقل
الالتزام . والسبب في عدم قابلية الالتزام للانتقال ، ليس لأنه رابطة شخصية
تربط الملتزم بالملتزم له ، كما يقول علماء القوانين الحديثة ، بل لأن الالتزام هو
حق مجرد لا يقع تحت الحس ، والحقوق المجردة لا تصلح محلاً للتعاقد .

وهذا المبدأ ، على عظم أهميته العملية ، عام التطبيق . من ذلك أنه
لا يجوز بيع حقوق « الجامكية » التي تستحق على بيت المال . وأنه لا يصح

اقتسام الديون بين الورثة . ومن ذلك أيضاً أنه لا يمكن التنازل لمصلحة شخص آخر ، عن الالتزام بتسليم أشياء مثلية .

وقد قال الفقهاء أنه مع ذلك ، يصح التنازل عن الدين للمدين . ولكن هذا التنازل هو في الواقع ، عبارة عن إبراء أو وفاء بمقابل حسب الأحوال ، ولا يمكن اعتباره نقلاً للدين بالمعنى الصحيح . أما التحويل بالمعنى المعروف في القوانين الحديثة ، فلا يصح أبداً في التشريع الاسلامي ، وقد قال البعض بطلانه ، وقال البعض الآخر بفساده .

١٠٣ — ولكن قد حاول الفقه العثماني علاج هذا المبدأ ، لتنافيه مع الاحتياجات العملية . فقد ورد أن للدائن ، أن يمنح الشخص الذي يريد التنازل اليه عن الدين ، توكيلاً بالقبض ، ويهبه كذلك الدين . فيستطيع هذا الشخص ، بمقتضى هذا التوكيل ، أن يحصل على الدين ، ثم هو يستولي عليه لنفسه ، بمقتضى الهبة . غير أن هذه الحيلة لا تؤدي إلى انتقال الحق ، والوكيل يبقى في الواقع مهدداً بالعزل .

وهناك طرق أخرى . منها أن يقرر الدائن أمام شهود ، أن الدين لشخص ثالث في الحقيقة ، ولو أنه في الظاهر باسمه ، ثم يعطى هذا الشخص توكيلاً بالقبض . ويلاحظ أن تقريره بالصورية لا أثر له بالنسبة للمدين ، لذلك يلجأ إلى التوكيل . ولكن إذا طبقنا أحكام الدعوى ، نجد هذا الشخص الثالث ، يستطيع اثبات حصول هذا التقرير في مواجهة المدين ، ويحصل بذلك على الدين المتنازل له عنه — هذا كله إذا أنكر المدين وجود الدين نفسه .

ويلاحظ في كتب الشروط ، أنهم يكتبون دائماً في اذكار الحقوق ، ما يفيد أن على المدين أن يوفي لمن يطالبه بالوفاء . وهذا النص يفيد في أن المدين

لا يستطيع بعد قبوله به ، الاعتراض على نيابة المطالب عن الدائن الأصلي في التقاضى . فمن المعلوم أنه لا يمكن بدون عذر شرعى ، نيابة شخص عن آخر أمام القضاء فى مذهب (أبى حنيفة) .

وهذا النص كان يكتب بالفعل ، كما تحققناه من ورقة بردى ، يرجع تاريخها إلى سنة ٢٢٣ هـ ، وهذه الورقة تتضمن إقراراً بمهر ، وقد نشرها (جروهمان) فى مجموعته (انظر ج ٢ ص ٩٨) .

١٠٤ — الحلول محل الدائمه — ولا ينتقل الالتزام أيضاً من ناحيته . الموجبة بواسطة الحلول محل الدائن . فقد نصوا على أنه لا يصح لمن أوفى بدين غيره ، أن يشترط عند الوفاء أن يحل محل الدائن . على أن هذا الحكم لم يخل من الجدل .

وفى الأصل ، لا يحل الوكيل بقضاء الدين محل الدائن المقتضى ، فقد قالوا أن هذا الوكيل لا يرجع إلا بما دفعه بالفعل . ولكن قد أخذ بمبدأ الحلول فى حالتين . الأولى : اذا كان الموفى هو الكفيل . الثانية : اذا كان الموفى هو المحال عليه .

١٠٥ — (٢) الانتقال بسبب الموت — ينتقل الالتزام من ناحيته الموجبة إلى الورثة . ذلك أن الورثة يستمرون شخصية المورث من هذه الناحية . ولذلك ينتقل الدين بالحالة التى كان عليها ، فان كان مؤجلاً بقبلى إلى أجله ، وإذا كان الالتزام قابلاً للفسخ ، أمكن فسخ العقد على الوارث .

ولكن لا انتقال إذا كانت التركة مستغرقة بالديون . فالتركة تعتبر فى هذه الحالة باقية على ملك المتوفى ، ولكل من الورثة أن يقاضى عن كل الدين بصفته ممثلاً للبيت ، ولكن عند القبض لا يقبض كل منهم الانتقال نصيبه .

١٠٦ - (ثانيا) انتقال الالتزام منه ناحية السالبة - (١) بين
الروحياء - سنرى أن للالتزام في الفقه الاسلامي ، صبغة مادية . وقد
ادت هذه الصبغة الى امكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة ، بينما
هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة . وهذا الانتقال يتم بواسطة
ماسمونه « الحوالة » .

وقد قرر أحد علماء القانون ، أن الحوالة الاسلامية هي من المرونة ،
بحيث تؤدي في نفس الوقت ، وظائف عدة . فهي تؤدي وظائف الاحالة ،
والتنازل عن الحق ، والوكالة بالقبض ، والوكالة بالقضاء ، وفتح الاعتماد .
(انظر (هوغلان) في Annales de droit commercial سنة ١٩٠١ ص ١ ،
وما بعدها) .

والحوالة في نظر الفقهاء وسيلة من وسائل التوثيق كالكفالة . وفي
الواقع هي كذلك طريقة من طرق الوفاء بالالتزام .

وهي تشبه في بعض نواحيها ، ما يسمونه في القانون التجاري « بالكميالة » ،
فهي نجد فكرة « مقابل الوفاء » ، وهو ما يدفع منه المسحوب عليه ، قيمة
الكميالة المسحوبة ، وفيها ما في الكميالة ، من حق للدائن في الرجوع على
المدين الأصلي ، إذا لم يحصل على حقه من المدين الجديد .

ومما يشعر بوجود صلة قرابة ، ان الفقهاء أنفسهم ، قد ألحقوا بكتاب
الحوالة الكلام عن السفتجة ، وهي في الواقع عقد المبادلة *contrat de change*
الذي استمدت منه الكميالة أصلها التشريعي . وبمناسبة الحوالة ، أمكن
تتبع تأثير التشريع الاسلامي في تكوين القانون التجاري الاوروبي في
العصور الوسطى . (من ذلك كلمة « أقال » ، *aval* وهي تفيد اليوم الضمان
الاحتياطي في الكميالة ، فقد قالوا انها تحريف للفظ « حوالة » . انظر
(هوغلان) المرجع المذكور) .

١٠٧ — وندرس هنا الحوالة ، على أنها طريق انتقال الالتزام من ناحيته السالبة . ويلاحظ ان مبدأ الانتقال لم يسلم به هنا بدون جدل . وقد حاولوا تبريره بالتفرقة بين المطالبة والدين ، فقالوا ان المطالبة فقط تنتقل بينما الدين يبقى في ذمة المدين الأول . على أن الواقع أن الدين نفسه ينتقل إلى ذمة المدين الجديد .

١٠٨ — شروط الحوالة — (١) يشترط في الحوالة رضا كل من الدائن والمدين الجديد . أما رضا المدين الأصلي فلا يشترط . ولكن لا يرجع الموفي على هذا المدين ، إلا اذا كان قد قبل الحوالة .

(٢) يشترط أيضاً أن يكون هناك دين في ذمة المحيل . واذا لم يكن هناك دين ، فلا تكون الحوالة الا مجرد وكالة بالقبض . وعلى العكس لا يشترط وجود علاقة بين المحيل والمحال عليه . واذا كانت هناك علاقة ، يعتبر ما يحفظه المحال عليه من المال ، أو ما هو مطلوب منه كدين ، مقلباً للوفاء ، مخصصاً لسداد الدين المحول . واذا حصل هذا التخصيص ، تسقط الحوالة بهلاك الشيء المخصص ، وتسقط كذلك اذا اتضح انه لم يكن هناك دين . ولكن لا يعتبر مقابل الوفاء ملكاً للدائن ، ولو أن المحيل لا يستطيع المطالبة بشيء منه .

١٠٩ — آثار الحوالة — في معرفة الدائن بالمدين الأصلي — بالحوالة يبرأ المدين الأصلي أي المحيل من الدين ، هو وكفلائه . ولكن الدين قد يعود الى ذمته ، اذا مات المحال عليه مفلساً ، أو جحد الدين ولم يكن للدائن بينة . واذا مات المحيل ، يتزاحم الدائن مع باقي الدائنين ليحصل على حقه من تركته ، ويدخل في تركته ما خصص للوفاء .

١١٠ — في عمارة الدائن بالمدين الجديد — بالحوالة يصبح المحال عليه هو المدين ، وهو الذى يبرته الدائن من الدين . ويكون ملزماً بالدين كما كان المدين الاصل ، فاذا كان الدين مؤجلاً بقى كذلك . ولكن لا يضمن الرهن الذى أعطاه المدين الاول ، دين المدين الجديد ، ولا يستطيع المدين الجديد التمسك بدفع خاصة بالدين المحول ، كما لو كان سبيه غير مشروع .

١١١ — في عمارة المدين الاول بالمدين الثانى — للمدين الجديد أن يرجع على المدين الاول ، اذا هو أوفى بالدين ، ما لم تقع المقاصة بين ما يطلبه وما خصص للوفاء . ولا رجوع كما قلنا ، الا اذا كانت الحوالة برضاء المحيل .

ويكون موضوع الرجوع الدين المحول ، لا ما أداه المحال عليه بالفعل ، ذلك لانه قد حل محل الدائن .

١١٢ — النجعة العملية للحوالة — يمكن القول أن حوالة الدين تقوم في الواقع مقام حوالة الحق ، فيما تؤديه هذه الحوالة من الوظائف في القوانين الحديثة . ويلاحظ في كتب الشروط أن الدائن يحصل دائماً على قبول المدين مقدماً ، بتخصيص الدين الذى يثبته الذكر ، لاية حوالة تصدر من الدائن . وهذا الشرط يودى بالفعل إلى النتيجة العملية التى تؤدى إليها حوالة الحق . وفي الواقع نجد في كتب الحيل أن حوالة الدين ، حيلة يتوصل بها إلى حوالة الحق . من ذلك إذا أراد أحد الورثة التنازل عن حقه في دين ، لشريكه في الميراث ، فهو يبيعه شيئاً زهيداً في مقابل ثمن يساوى دينه ، ثم يحيله على مدينه . (وانظر حكماً صادراً من محكمة مصر الشرعية في سنة ١٣٤٤ هـ ومحفوظا تحت رقم ٧٤٣ سجل ٨٤ وهو في موضوع حوالة الديون) .

١١٣ — (٢) الانتقال بسبب الموت — يصطدم هنا مبدأ الانتقال بمبدأ آخر ، يقضى بعدم مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم . وعلى ذلك لا تقضى ديون المورث إلا من تركته ، ولا يسأل عنها ورثته ، فهم من ناحية الالتزام السالبة لا يستمرون شخصية المورث . ولذلك تحمل جميع الديون بوفاء المدين .

ولكن يستطيع الدائنون قضاء ديون مورثهم ، ليملكوا التركة ملكاً تاماً ويلاحظ أن الإبراء الصادر لهم عن دين مورثهم هو إبراء صحيح .

القسم الثاني : مصادر الالتزام

١١٤ - ليس من المجدى تتبع النصوص الفقهية للعثور على ترتيب لمصادر الالتزام . وفى الواقع ينشأ الالتزام تارة عن عمل قانونى ، سواء كان هذا العمل عبارة عن توافق ارادتين ، أو تقرير ارادة منفردة ؛ وطوراً عن واقعة قانونية كالضرر ، أو الاثراء بلا سبب . وقد يكون الشرع نفسه المصدر المباشر لبعض الالتزامات ، كما أنه قد يتأخر نشوء الالتزام فى بعض الأحوال إلى حين صدور حكم القضاء ، وسنتكلم هنا تباعاً عن :

(١) العمل القانونى . (٢) العمل الضار . (٣) الاثراء بلا سبب .

١ - العمل القانونى

أو النظرية العامة للعقد والارادة المنفردة

(١) مبادئ عامة - تقسيمات

١١٥ - يتكوّن العقد من ايجاب وقبول ، أى من عرض وقبول ، فهو عبارة عن توافق ارادتين . وإذا رجعنا إلى التعريف الشائع فى كتب الفقه ، لانتبين منه أن العقد مصدر من مصادر الالتزامات . فليس التعريف على أنه توافق ارادتين منشاء للالتزامات ، بل على أنه توافق ارادتين يظهر أثره فى المعقود عليه ، أى يؤدى إلى تحويل شيء من حال إلى حال . وتعريفه بهذه

الكيفية أثر من آثار النزعة الشيئية أو المادية في الفقه الاسلامى . وهذه النزعة جعلت الفقهاء ينظرون هنا إلى النتائج الأخيرة للعقد ، ويتخطون النتائج الأولى لانعقاد العقد . وكثيراً ما يشبه هذا التعريف ، التعريف الذى أورده (پولوك) للعقد فى الفقه الانجليزى .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن توافق الارادتين لا يعتبر عقداً بالمعنى الصحيح ، إلا إذا كان من شأنه خلق حال جديدة فى وقت مستقبل . أما إذا تحقق أثر العقد لمجرد انعقاده ، فلا يكون عقداً بالمعنى الصحيح . ووصفه بالعقد يعتبر من لغو الكلام ، إذ لا يفيد ، كما هو الحال فى البيع بالتعاطى . ومن المتفق عليه ، أنه لا عقد إذا لم يكن عند المتعاقدين نية الارتباط أو التعاقد ، كما فى « الإباحات » ، و « العادات » ، فهى لا تفيد صاحبها لأنها ليست عقوداً .

١١٦ — نظرية وحدة العقد — يعتبر العقد وحدة غير قابلة للتجزئة . ولهذا النظرية آثار عملية بعيدة . فإذا وجد أحد العبدین المبيعين حراً ، سقط العقد بالنسبة للآخرين . ولنفس السبب لا يستطيع القابل تجزئة الأيجاب ، ولو كان هذا الأيجاب يتناول شيئين مختلفين . ولنفس السبب أيضاً إذا وجه الأيجاب لمتعدد لا يستطيع أحدهم القبول فى حالة رفض الآخر ، وكذلك إذا صدر الأيجاب من متعدد لا يستطيع القابل القبول فى حصة أحدهم دون حصة الباقيين .

وفضلاً عن أن العقد يعتبر وحدة غير قابلة للتجزئة ، فانه يشترط فى « هندسته » أن تتوفر أيضاً فكرة الوحدة ، فى صور ثلاث : وحدة التصرف ، ووحدة الزمان ، ووحدة المكان . أما فكرة وحدة التصرف ، فتقضى ألا يشتمل العقد على صفتين فى وقت واحد . أما وحدة الزمان ، فتقضى بأن

يتم العقد في فترة واحدة من الزمان . ووحدة المكان تقضى بان يتم هذا العقد في الأصل في مجلس واحد ، حتى لقد قالوا للتعاقد اذا وثب صاحبك ثب معه . .

ولكن هذه الوحدة ، لا تمنع من ادخال بعض التعديلات على العقد بعد تمامه . على انها اذا ادخلت اندججت في العقد ، واعتبرت جزءاً متمماً له . من ذلك أن للشترى أن يتفق مع البائع على زيادة الثمن ، أو تخفيضه ، أو تأجيله . ويلاحظ أن العقد لا يعتبر وحدة هكذا ، الا اذا صدر به ايجاب واحد . أما اذا تعدد الأيجاب ، فيتعدد العقد . وكذلك إذا صدر الأيجاب الواحد في البيع ، مع تعيين ثمن خاص لكل من الأشياء المبيعة . على أن هذا الحكم الأخير خلافى .

وفي العمل ، كثيراً ما نعر على عبارة « صفقة واحدة » ، وهي العبارة التي يعبر بها عن وحدة العقد . والمقصود من كتابة هذه العبارة أن العقد تم جملة واحدة ، فلا تجوز تجزئته . (أنظر ورقة البردى المحفوظة بمتحف برلين تحت رقم ٨٠٥٧ و ٢٠ فيوم ، وهي منشورة بمجموعة هذا المتحف ص ٥٢) .

١١٧ — في حرية التعاقد — لم يرد بحث العقود في مؤلفات الفقهاء ، وفق ترتيب معين . وقد أفرد الفقهاء لكل عقد كتاباً دون أن يقدموا لهذا كله بنظرية عامة للعقد . فهل يكون معنى هذا أن توافق الإرادتين لا يعتبر إلا إذا دخل تحت صورة من الصور المرسومة في هذه الكتب ؟ وبعبارة أخرى ، ما قيمة العقد غير المسمى ؟

أول ما نلاحظه ، أن الفقهاء يبدأون دراسة كل عقد بدياجة ، يبررون فيها شرعية العقد ، بالاستناد تارة الى نص ، وطوراً الى عرف ، أو اجماع ، وفي بعض الأحيان الى مجرد فائدته في العمل . فهل يفيد ذلك أن العقد

لا يعتبر مشروعاً ما لم يستند الى شيء من هذا ؟ يجدر بنا أن نعلم هنا إلى الخلول نفسها : دون التلكؤ عند النظريات .

ومن تقصى هذه الخلول يتضح أولاً . أن توافق الإرادتين ينتج دائماً أثره ، مادام هو لا يخالف قاعدة من القواعد الموضوعية . فإذا كان ، طبقاً لهذه القواعد ، للعقد محل جائز ، واطراف ذوو صفة وأهلية ، فالعقد ينتج أثره ، ولا شك .^{٥٠} (أنظر الكاساني ج ٥ ص ٢٥٩) .

وهناك أكثر من ذلك ، فقد ينتج العقد أثره ، ولو أنه يخالف قاعدة من هذه القواعد الموضوعية ، إذا هو كان يستند الى عرف أو إجماع . فقد يوجد العرف ، أو الاجماع ، صوراً جديدة للتعاقد ، تخالف هذه القواعد . من ذلك عقد الاجارة ، وعقد الاستصناع . ففي هذين العقدين ، محل العقد غير موجود حالا ، والمنفعة شيء غير محسوس ، وهذا كله يخالف للقواعد الموضوعية كما رأينا . ومع ذلك فقد صحح الفقهاء هذين العقدين ، لأن العرف جرى بهما . ولذلك لم تصح هذه العقود إلا بالقدر الضروري ، الذي دعت اليه الحاجة . وفيما وراء ذلك يرجع إلى القواعد ، وهي تقضى بعدم الصحة . وبناء عليه قالوا ، لا يصح استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها ، ولا استئجار الثياب لمجرد التفاخر بها ، وذلك لأن العرف لم يحجر بهذين الشكلين من أشكال عقد الاجارة .

ولكن يلاحظ هنا ، ان العرف لا يكفي بحال من الأحوال ، مبرراً لمخالفة قاعدة من القواعد الموضوعية لا لمصلحة الطرفين ، بل لمصلحة الجماعة ، وهو ما يعبر عنه « بحق الله ، أو « حق الشرع » . ومن ذلك تحريم الربا . ومن ذلك أيضاً ، أنه لا يصح أبداً التصالح على الحدود ، أو الشهادات . فلا يصح العرف اذا العقود التي يكون موضوعها مخالفاً للأخلاق أو الدين .

يخرج مما تقدم ، ان الاتفاق ينتج أثره ، ما دام لا يخالف قاعدة من القواعد الموضوعية ، أو ما دام يتفق والعرف . وتطبيقاً لهذا المبدأ لا يصح عقد المفاوضة ، ذلك أن موضوعه لا يخلو من الغرر ، ولا يعتبر موجوداً حالاً كما تقضى القواعد . وكذلك لا يصح الاتفاق على تأجيل القرض ، لأن التأجيل هنا يخالف القواعد الموضوعية ، كما توضح في نظرية السبب .

وليست هذه القواعد هي وحدها ما يلزم المتعاقدين تجنب مخالفته . ففضلاً عن تلك التي تعم مختلف العقود ، يوجد لكل عقد أركان وقواعد خاصة ، يلزم المتعاقدين الخضوع لها عند التعاقد . من ذلك أن البيع بدون تعيين ثمن لا يصح ، وكذلك لا يصح اشتراط عدم الرجوع في الهبة . وكذلك القواعد المقررة لتوزيع الضمان على المتعاقدين ، لا يصح الاتفاق على ما يخالفها ، كما إذا اتفق على أن الوكيل يسأل عن هلاك الشيء ، ولو كان الهلاك بغير تقصيره .

ويتبين من هذا أنه ، ولو أن الأصل حرية التعاقد ، إلا أنه لاتساع دائرة النصوص الآمرة ، انحصرت تلك الحرية في حدود ضيقة . ويبقى في الواقع للشخص ، أن يتنازل عن حق ، منحه الشارع رعاية لمصلحته الخاصة ، كالتنازل عن حق الفسخ لعيب في المبيع . ويبقى له أن يشترط من الشروط ، ما لا يصادم قاعدة من القواعد الأساسية للعقود ، أو للعقد المعين الذي يعقده ، كاشتراط أن تكون الثمار التي لم تفصل من الأشجار المبيعة مملوكة للمشتري ، وهي في الأصل تعتبر ملك البائع .

ويضاف إلى ذلك أنه إذا لم يمكن تصحيح اتفاق ما ، على أنه يدخل في صورة معينة من صور العقود المعروفة ، أمكن تصحيحه بادخاله تحت صورة أخرى من هذه الصور . حتى أنهم أجازوا تحليل الاتفاق إلى عناصر يمكن تصحيحها ، بتطبيق أحكام عقدين أو أكثر من العقود المعروفة ، في نفس الوقت .

ويلاحظ أخيراً كما سنبين فيما بعد ، أن العقود التي تخالف القواعد الثابتة في المذهب ، لا تعتبر دائماً معدومة الأثر ، فهي في غالب الأحوال ، تنتج أثرها إذا حصل تنفيذ . وهذا الأثر ، يتحقق عن طريق دعوى الأثراء بلا سبب إلى تمنع في هذه الأحوال . وهذه هي نظرية العقد الفاسد .

١١٨ - نظرية الشرط المقرره بالعقد - على أن حرية التعاقد أصيبت أيضاً من ناحية أخرى . ذلك ان المتعاقدين إذا أدمجوا في عقد من العقود شروطاً معينة ، فإن هذه الشروط لا يكون لها في غالب الأحوال ، أثر . وهذه القاعدة مطردة سواء كان العقد عقد معاوضة ، أو عقد تبرع ، إلا أن عقد التبرع يبقى صحيحاً ، رغم اقترانه بالشرط ، بينما عقد المعاوضة يفسد هو نفسه بسبب هذا الاقتران . ويدخل في النوع الأول الهبة ، والقرض ، والرهن ، والكفالة ، والوكالة ، والشركة ، والحوالة ، والوصية . ونجد في النوع الثاني البيع ، والإجارة ، والمزارعة ، والمساقاة ، والقسمة ، والصلح .

١١٩ - ولا يكون الشرط باطلاً ، ولا يفسد العقد ، إلا إذا كان لا تقتضيه طبيعة العقد ، أو كان لا يتلاءم مع طبيعة العقد . وهذا هو الشرط المقترن بالمعنى الصحيح ، إذ هو النص الزائد عما يقتضيه العقد ، ويكون في هذه الحالة فقط غريباً عنه . وقد سماه الفقهاء الشرط الفاسد . ويلاحظ أن العرف قد يصحح كذلك بعض الشروط ، رغم كونها زائدة على العقد . فالعرف هنا أيضاً يهدم قاعدة أمره .

أما العلة في حظر اقتران العقود بالشروط ، فنجدها في فكرة وحدة العقد . ذلك أن ادخال هذه الشروط في العقد يهدم وحدته ، وقد رأينا أن فكرة الوحدة تسيطر على كيان العقد في الفقه الاسلامي . فلم يقبل الفقهاء أبداً أن يصح عقد في داخل عقد . على أن لهذا الحظر علة أخرى أوقع أثراً ، ذلك

ان ادماج شرط زائد على العقد يخل بالتوازن ، الذى سعى الفقهاء عند تقريرهم لاحكام العقود ، إلى تحقيقه ، فهو يؤثر فى فكرة التعادل . ولذلك نجدهم يقولون أن الشرط لا يعتبر فاسداً ، إلا إذا كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للغير .

وتطبيقاً لما تقدم ، لا يستطيع البائع اشتراط الاتفاع بالمبيع مدة معينة بعد انتقال الملك إلى المشتري . ولذلك لا يصح لمن اشترى ثوباً ، أن يشترط على البائع أن يخطط له منه لباساً . ولنفس السبب ، لا يصح توقيت البيع فى الفقه الاسلامى ، كما لا يصح اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف فى المبيع . وقد يرجع كذلك لنفس السبب ، حظر اشتراط تأجيل تسليم العين المعينة . وقد قلنا ، أنه إذا لم ينطو الشرط على منفعة ما ، فلا يفيد ، ولا يفسد العقد . من ذلك أنه لو اشترط البائع على المشتري ألا ينتفع بالمبيع ، أو أن يحرقه أو يتلفه ، لا يصح الشرط .

١٢٠ — أما الشروط التى تقتضيها طبيعة العقد ، وتلك التى تتلأّم وطبيعته ، فهى صحيحة لأنها ليست فى الواقع زائدة عليه . وقد تصح أيضاً الشروط الزائدة كما قلنا ، إذا قضى بتصحيحها العرف .

ومن أمثلة الشروط الطبيعية ، اشتراط البائع على المشتري صراحة أن يدفع الثمن ، واشتراطه كذلك عليه أن له حبس العين ما دام لم يدفع الثمن . فهذا جميعه مما يقضى به العقد دون حاجة لنص فى العقد . فهو من طبيعته . ومن أمثلة الشروط الملائمة ، اشتراط الرهن أو الكفالة ، ذلك أنهما يؤكدان مفعول العقد .

ومن أمثلة الشروط التى يصححها العرف ، اشتراط أجل لدفع الثمن ، واشتراط من اشترى حذاء ، على من صنعه ، أن يحدد له نعله فى مدى سنة .

وقد قالوا أيضاً أن شرط الخيار مما جرى به العرف .

١٢١ — ويلاحظ أن الشرط ، إذا كان موضوعه غير مشروع ، يعتبر شرطاً فاسداً ، ويفسد معه العقد . من ذلك أنه لا يصح للمشتري أن يشترط عند شراء الجارية أن تكون ممن يحسن الغناء .

وكذلك الأمر بالنسبة للشرط الذي يدخل الغرر على العقد .

١٢٢ — وقد اتجه الفقه العملي نحو معالجة القيود الواردة على حرية التعاقد . من ذلك أنه إذا ورد شرط في عقد من العقود يسارع المتعاقدون إلى التقرير بأن هذا الشرط قد اشترط بعد العقد ولا يعتبر جزءاً منه .

وكذلك في الصيغ الواردة في كتب الشروط يرد دائماً أن العقد قد تم خالياً من كل شرط . (انظر الورقة البردية المنشورة بمجموعة (جروهمان) تحت رقم ٦١ ج ٣ ص ١٦٥) .

١٢٣ — نظرية اللفظة — في الأصل . لا شكلية في التشريع الاسلامي . فالعقد ينعقد ، وتنشأ الالتزامات ، دون حاجة إلى طقوس خاصة ، من حركات ، أو اشارات ، أو مراسيم . ويعتبر هذا من المميزات الأساسية للتشريع الاسلامي .

ولكن هل معنى هذا ، أن الارادة وحدها تولد الالتزام في التشريع الاسلامي ؟ يلاحظ أن الفقهاء عند ما يبحثون في عقد من العقود ، يذكرون في العادة الألفاظ التي قد تصلح للتعبير عن إرادة المتعاقدين ، وهم دائماً حريصون على التصريح بأن هذه الألفاظ لا تسرد إلا على سبيل التمثيل ، وأن للمتعاقدين أن يستعملوا غيرها إذا شاءوا ، مادامت تؤدي المعنى المطلوب . حتى أنهم قالوا أن الاسم الذي اطلق على العقد لا يعتبر ، إذا كان العقد في

فخواه يفيد معنى لا يدل عليه هذا الاسم . من ذلك أنه إذا عبر المتعاقدان بلفظ الكفالة ، وكان العقد يتضمن براءة المدين الأصلي ، فالعقد يعتبر حوالة ، رغم ما وسم به .

١٣٤ — ومع هذا كله . فإن الواقع ، أن التعاقد لا يتم في التشريع الاسلامي إلا بواسطة الألفاظ . ويوجد في الفقه الاسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه « اللفظية » . وهو أثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس في العصور الأولى ، حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها .

أما في الفقه الاسلامي ، فهذه الألفاظ تسمى « الصيغة » . وقد تنوع هذه الصيغة فيكون لها « صور » كثيرة كما يقولون ، ولكنها دائماً شرط من شروط الانعقاد . حتى أنه إذا ما تبينت الإرادة من طريق آخر ، كالإشارة بالرأس ، فلن ينعقد العقد . إلا إذا كان الأمر متعلقاً بالآخرس . والكتابة نفسها لا تكفي في الأصل ، إلا إذا لم يتيسر النطق بالألفاظ ، لظروف خاصة ، كبعد المسافة .

١٣٥ — ولهذا السبب نجد الفقهاء على أشد الخلاف ، فيما يتعلق بحكم التعاطي . ويظهر أنه في أول الأمر ، لم يقم التعاطي مقام اللفظ ، إلا عند ورود العقد على الأشياء الخسيسة . على أنه في رأى البعض ، يشترط دائماً أن يكون التنفيذ قد تم من الجانبين ، أى أن يكون البائع قد سلم المبيع والمشتري قد دفع الثمن . واشترط البعض أن يكون تسليم المبيع قد تم بالأقل . وهذا كله يدل على أنه إذا كان الفقهاء ، قد انتهوا إلى قبول فكرة التعاقد دون أن ينس المتعاقدان بينت شقة ، فلم يكن ذلك منهم إلا بعد استيثاقهم من وقوع عمل ظاهري ، يقوم مقام اللفظ . وقد نصوا صراحة على أن اللفظ « فعل » ، كالتعاطي .

١٢٦ — ففكرة اللفظية بقيت هي الأصل . حتى أنهم اشترطوا في اللفظ أن يكون مستوفياً لبعض الشروط . من ذلك أن يوضع اللفظ في صيغة الماضي أو المضارع . على أن كل لفظ يفيد تمام الفعل هو أيضاً جائز . إلا أنهم قد اشترطوا هذا بالنسبة للإيجاب فقط .

وإذا استعمل اللفظ في صيغة الأمر ، فقد قالوا أن العقد لا ينعقد ، ولو كانت نية الالتزام متوفرة . وعلى العكس تقول بعض النصوص أن صيغة الماضي يتم بها العقد ، دون حاجة إلى البحث في نية المتعاقد ، على أن هذه النية يبحث عنها إذا استعمل اللفظ في صيغة المضارع .

١٢٧ — فالعقد إذاً هو في الأصل لفظي . أما أن الإرادة المجردة أو مجرد الرضاء يربط الشخص . فهذا من المبادئ الأخلاقية ، التي يبتعد التشريع عنها ، إذا ما رمى إلى متانة البناء . ذلك أن التشريع رائده دائماً التمسك بالحقائق الثابتة . (انظر (الصنعاني) « سبل السلام » ، ج ٤ ص ٢١٣) .

ونلاحظ هنا أخيراً ، أن الكتابة تلعب في الفقه الاسلامي دوراً ثانوياً ، حتى أنه في نظرية الاثبات لا تعتبر الكتابة وسيلة من وسائله . إلا إذا كان قد حضر واقعة الكتابة ، شهود .

١٢٨ — العقود العينية — ولكن هناك عقود لا تكون تامة . إلا إذا حصل تسليم العين موضوع العقد ، وتسليمها ؛ ولا يكفي فيها تبادل الألفاظ . وهذه العقود هي القرض ، والعارية ، والوديعة ، والرهن ، والهبة . وهل يقال لذلك ، أن العقد نفسه لم ينعقد ، مادام الشيء لم يسلم ؟ أما الفقهاء ، فيقولون في أغلب هذه الأحوال أن القبض ليس إلا شرط صحة ، والعقد قد انعقد قبل القبض . وفي الواقع ، العقد قبل القبض ليس فقط فاسداً ، بل هو معدوم الأثر . ففي الرهن لا يستطيع الدائن إجبار المدين

على تسليم الرهن بموجب العقد . كما لا يستطيع الموهوب له إجبار الواهب على تسليم العين الموهوبة .

فالرابطه التي تربط الطرفين ليست قبل القبض إلا رابطه اعتبارية . ويمكن القول إذاً أن العقد لا يوجد إلا عند القبض . وقد يصح القول أيضاً ، استناداً إلى بعض النصوص ، أن الالتزامات لا تنشأ هنا عن العقد ، بل عن واقعة القبض نفسها .

وهذا كله لا ينطبق على عقدى الصرف والسلم . مع أن القبض فيهما مشروط . ذلك أن القبض في هذين العقدين ، مطلوب منعاً للربا أو الغرر . أما العقد فهو منعقد ، إنما ينعقد فاسداً .

١٢٩ — تقسيم العقود — العقود المتعلقة بالمعاملات المالية أوردها (السرخسى) (٤٣٨ هـ) وفق الترتيب الآتى ، مع ملاحظة أنه قد يفصل بين الواحد والآخر ، كتب لا تمت للعقود بصلة . وها هو الترتيب : (١) الوديعة ، (٢) العارية ، (٣) الشركة ، (٤) الهبة ، (٥) البيع ، (٦) الاجارة ، (٧) الوكالة ، (٨) الكفالة ، (٩) الحوالة ، (١٠) الصلح ، (١١) الرهن ، (١٢) المضاربة ، (١٣) المزارعة ، (١٤) الوصية .

أما (المرغينانى) (٥٥٩٣ هـ) وغالب الشراح ، فقد اتبعوا الترتيب الآتى : (١) الشركة ، (٢) البيع ، (٣) الكفالة ، (٤) الحوالة ، (٥) الوكالة . (٦) الصلح ، (٧) المضاربة ، (٨) الوديعة ، (٩) العارية ، (١٠) الهبة ، (١١) الاجارة ، (١٢) المساقاة والمزارعة (١٣) الرهن ، (١٤) الوصية .

و (للكاسانى) (٥٥٨٦ هـ) ترتيب خاص : (١) الاجارة ، (٢) الاستصناع ، (٣) البيع ، (٤) الكفالة ، (٥) الحوالة ، (٦) الوكالة ، (٧) الصلح ، (٨) الشركة ، (٩) المضاربة ، (١٠) الهبة ، (١١) الرهن ، (١٢) المساقاة

والمزارعة، (١٣) الوديعة، (١٤) العارية، (١٥) القرض، (١٦) الوصية. ويظهر لنا أن أوفق ترتيب، ذلك الذى اتبعه (القدورى) (٤٢٨ هـ) فى «مختصره»: (١) البيع، (٢) الرهن، (٣) الاجارة، (٤) الشركة، (٥) الوكالة، (٦) الكفالة، (٧) الحوالة، (٨) الصلح، (٩) الهبة، (١٠) الوديعة، (١١) العارية، (١٢) المساقاة والمزارعة، (١٣) الوصية. فالبيع فى الواقع، هو أهم العقود، وقواعده هى الأصل فى الغالب. ويلاحظ أن (الكاسانى) قد أفرد للقرض كتاباً خاصاً، كما فعل لعقد الاستصناع، على أن هذين العقدين يدخلان فى كتاب البيع عند أغلب المؤلفين.

١٣٠ — وقد قسم الفقهاء العقود عدة تقسيمات. فهم قد ذكروا المعاوضات، والتبرعات، والتبرعات ابتداء المعاوضات انتهاء. ويدخلون فى القسم الأول: البيع والاجارة والصلح. أى العقود التى تؤدى إلى تبادل الأموال؛ ويدخلون فى القسم الثانى: الهبة والوصية والعارية والابراء؛ وفى القسم الثالث: القرض والكفالة والحوالة.

وهناك تقسيمات أخرى، منها الودائع، وهى تشمل: الوديعة والعارية والرهن والشركة؛ والوكالات وهى تشمل: الوكالة والشركة والمضاربة؛ والتوثيقات ويدخل فيها: الكفالة والحوالة؛ والاطلاقات وهى عبارة عن: الوكالة والمضاربة؛ والاسقاطات كالابراء من الدين.

ويلاحظ أن الصلة وثيقة بين البيع والاجارة، وكذا بين الوديعة والعارية، وبين الكفالة والحوالة.

١٣١ — ونرى الاكتفاء بتقسيم العقود إلى ثلاثة أقسام:

(١) القسم الأول، عقود المعاوضة، ويشمل فى نظرنا: البيع والاجارة

والصلح والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة .

(٢) القسم الثانى ، العقود التى بلا مقابل ، وهى : القرض والعارية والوديعة والرهن والوكالة والكفالة والحوالة .

(٣) القسم الثالث ، العقود التبرعية : الهبة والوصية .

١٣٢ — ويلاحظ أخيراً ، أن الفقهاء يوردون فى كتاب البيع ، صوراً مختلفة لهذا العقد ، لها أهميتها ، منها : بيع السلم ، وهو بيع الأشياء المثلية بيعاً مؤجلاً ؛ وبيع الصرف ، وهو بيع النقود بأخرى ؛ وبيع المراجحة ، وهو بيع الشيء مع زيادة ربح ، وبشروط فيه أن يذكر البائع الثمن الذى به اشترى هو المبيع ؛ وبيع التولية ، وهو بيع الشيء بثمن أقل ، وبشروط فيه ما ذكر فى المراجحة .

ولعقد المضاربة ، وهى نوع من شركات المحاصة ، صورة خاصة تسمى الابضاع ، لا يكون فيها للمضارب نصيب من الأرباح ، فتكون عبارة عن وكالة . وسبق أن قلنا ، أن عقود الرهان لا تصح إلا فى حدود معينة . ولا تصح على العموم العقود الغررية ، فليس للعقد الاحتمالى إذا وجود فى الفقه الاسلامى .

وسنبين ما يلاحظ على عقود الهبة والعارية والكفالة ، عند الكلام عن الارادة المنفردة .

(٢) الارادة الظاهرة

١٣٣ — قد رأينا أن الارادة الباطنة لا تكفى لانعقاد العقد ، وقد قلنا أن العقد عبارة عن الكلام الذى صدر من المتعاقدين ، فيه يتم ظهور الارادة .

وهذه الإرادة هي التي تعتبر دون غيرها ، ولو كانت تلك الإرادة الظاهرة لم تترجم تماماً عن الإرادة الحقيقية .

ولذلك لا يعتبر السكوت في الأصل قبولاً ، ولو أنه قد تتجدد به الاجارة ، كما قد تنعقد به الوكالة في حالة تنفيذها من الوكيل . على أن القاعدة ، أن السكوت لا أثر له ، إلا في الاسقاطات .

ويلاحظ مع ذلك ، أن إظهار الإرادة لا يعتبر ، إذا صدر من مجنون ، ولذلك لا تعتبر عقوده . كذلك لا يعتبر إظهار الإرادة ، إذا صدر عن هزل — أى إذا لم يكن هناك إظهار جدى ، بقصد التعاقد .

١٣٤ — نظرية الصورية — قلنا أنه لا يكون لإظهار الإرادة أثر ، إذا لم يكن جدياً ، كما لو كان هذا الإظهار صورياً ، أو لمجرد الهزل . ولكن يشترط لهدم أثر الإرادة الظاهرة ، أن يكون قد سبقها ، أو صحبها ، إرادة ظاهرة أخرى ، تبين حقيقتها ، فلا يفيد البحث عن الإرادة الحقيقية في ذاتها ، لهدم الإرادة الظاهرة الصورية .

فالعقد الصورى إذاً لا أثر له في الأصل . ولذلك لا تنتقل الملكية بموجب عقد البيع الصورى ، ولو تسلم المشتري المبيع . ومع ذلك فقد ذهب البعض ، إلى أن العقد هنا لا يكون باطلاً ، بل هو فاسد . وفي الواقع نجد للبطلان هنا ميزة خاصة ، ذلك أن العقد يتصح بالتصديق عليه من الطرفين .

١٣٥ — ويلاحظ أنه قد جاء عن طريق غير ظاهر الرواية ، أن العقد الصورى ينتج أثره ، رغم العقد الذى يبين فيه المتعاقدان تواطؤهم . ولكن هذا رأى المتطرف في المادية لم يسد . ومع ذلك فقد قالوا في ظاهر المذهب أن العقد الصورى ، هو الذى يكون معتبراً دون العقد الآخر ، فيما يتعلق

بمعرفة نوع العقود التي يدفع بها الثمن . على أن التعليل الذي أوردوه لهذا الاستثناء ، يرجع إلى فكرة وحدة العقد .

١٣٦ — وقد يدعو إلى التعاقد صورياً أو هزلاً كما يقولون ، الخوف من جور السلطان . وتسمى عندئذ الصورية « بالتلجئة » ، على أن النصوص تخط في الغالب بين هذين اللفظين .

ويلاحظ أن كلا من الطرفين يستطيع إثبات الصورية ، أى إثبات وجود العقد الحقيقي . وهذا هو ظاهر المذهب . وهو يخالف ما جاء عن طريق غير ظاهر الرواية . على أن الصورية لا تفترض أبداً .

١٣٧ — وكنا قد أشرنا عند كلامنا عن طريقة البحث ، الى أن الفقه العملي وجد الطريق معبداً امامه ، عند ما اشار بالحيل . ذلك أن الحيل ماهي إلا عقود صورية ، وهى تعتبر قائمة ، ما دامت لم تصحب بعقود مظهره لحقيقة الارادة ، وهذه العقود تبقى في الغالب طى الحفاء . ويضاف الى ذلك ، أن احكام الدعوى في مذهب (أبى حنيفة) تقضى بأن الشخص لا يستطيع اثبات ما يخالف إقراره السابق ، فالأقرار بذلك يبقى له أثره في الاصل رغم ظهور ما يخالفه . من ذلك أن المسخر — وهو الشخص الذى يعير اسمه للغير — يستطيع نقل فائدة العقد لمن هو فى مصلحته بالفعل ، ولكن تقريره للحقيقة لن يكون له أثر بالنسبة للمتعاقد الآخر .

١٣٨ — ولا تقبل الصورية فى النكاح ، والطلاق ، والعناق . (قارن فى نفس المعنى القانون الفرنسى . انظر (ديموج) « فى الالتزامات ، ج ١ ص ٢٦٧ بند ١٦٤) . فالعقد الظاهر يقيد هنا المتعاقدين ، رغم صوريته . وعلى العكس قد تعتبر الارادة الظاهرة فى بعض الأحوال صورية . ولو لم يكن هناك ارادة ظاهرة تخالفها . فالصورية تثبت هنا عن طريق

القرينة الشرعية . فيبطل العقد الصوري ، أو يقصر على حدوده الحقيقية . من ذلك أن الوكيل لا يستطيع أن يبيع المال الموكل ببيعه لبعض اقربائه الأقربين . وأن المريض مرض الموت لا يستطيع أن يبيع ماله لاحد ورثته كما لا يستطيع أن يهب ماله فيما زاد على الثلث الى اجنبي . ولنفس السبب لا يمكن الأقرار بدين لمصلحة الزوجة التي طلقت في مرض الموت . ويعتبر الأقرار في هذه الحالة بقدر نصيبها في الميراث .

١٣٩ — الإيجاب والقبول — قلنا أن العقد يتضمن توافق ارادتين . أما الإرادة الظاهرة الأولى فتسمى « إيجاباً » ، وأما الثانية فتسمى « قبولاً » ، ويقصد بالأولى السابقة في الزمان .

ولا مراة في أن العقد لا يوجد إلا اذا طابق القبول الإيجاب مطابقة تامة ، اذ بذلك يتحقق التوافق .

ويلاحظ أن الإيجاب لا يقيد وحده الموجب ، فيما عدا احوال الإرادة المنفردة . ولذلك يستطيع الموجب الرجوع عن إيجابه ما دام الطرف الآخر لم يقبل

١٤٠ — نظرية مجلس العقد — يسقط الإيجاب اذا فُض مجلس العقد قبل القبول . وعلى ذلك يمكن القول . أن نظرية « مجلس العقد » ترمى الى تحديد أجل للمتعاقدين ، يسقط بعده إيجاب الموجب شرعاً ، وللقابل القبول في اثباته دون الاضطرار الى القبول فوراً .

ويقصد بمجلس العقد ، الفترة التي يقع فيها تلاقي الطرفين ، لعقد العقد . وتنقضي هذه الفترة في الاصل ، بافتراق الطرفين أو بانشغالهما أو احدهما عن شؤون العقد .

ويؤخذ على الفقهاء انهم تطرفوا في الشكلية الى حد بعيد ، في تصويرهم لمجلس العقد . من ذلك أنهم قالوا ، أن أحد المتعاقدين اذا قام أو سار فقد انقضى المجلس ؛ وكذلك لو قاما معاً ، أو سارا كذلك . على أن المجلس قد ينقصد اثناء سيرهما ، ولكن يشترط في هذه الحالة أن يصدر كل من الإيجاب والقبول في لحظة واحدة ، لكيلا يعتبر القبول صادراً بعد تحرك احدهما .

١٤١ - وتعليل هذه النظرية ، أن القبول يجب أن يتبع الإيجاب مباشرة في الأصل ، لينقصد العقد . ولما كان هذا الشرط من الصعب تصوره ، فقد جعلوا للعقد مجلساً ، تعتبر ساعاته وحدة من الزمان .

على أن لهذه النظرية استثناء . فقبول الموصى له في الوصية يشترط وقوعه بعد وفاة الموصى .

وقد عثرنا في ورقة بردية . يرجع تاريخها إلى سنة ٤٢٣ هـ (أنظر بمجموعة (جروهمان) ج ٣ ص ٣٦٥ تحت رقم ٦١) على إشارة إلى هذه النظرية حيث جاء فيها : « وتفرقا بأبدانهما بعد تمام البيع » . وتشعر هذه العبارة بأن المتعاقدين قد خضعا للذهب الشافعي . ويلاحظ هنا على (جروهمان) انه قد قرأ « تعرفا ، بدلا من « تفرقا » . وهذا ظاهر من ترجمته الانجليزية : « and they both

know each other by their persons »

١٤٢ - التعاقدين الغائبين - يجوز التعاقد بين الغائبين أى المتبايعين . وفي هذه الحالة يصدر الإيجاب كتابة . ويعتبر المجلس منعقداً عند وصول الكتاب إلى الطرف الآخر . ولذلك يطلب من هذا الطرف أن يندى قبوله قبل فسخ هذا المجلس .

وقد يصدر الإيجاب ، لا بواسطة الكتابة ، بأن يبعث الطرف الأول

برسول يتلفظ مكانه بما يريد . وعلى الطرف الثانى فى هذه الحالة كذلك أن يبدى قبوله فى مجلس وصول الرسالة .
وللقابل أن يبدى قبوله كتابة أيضاً .

ويلاحظ أنه إذا كان قد أرسل الموجب إيجابه كتابة ، فهو يستطيع الرجوع عنه ، مادام الطرف الآخر لم يقبل ، كما لو كان إيجابه شفويًا .

١٤٣ — وعلى ذلك يمكن القول أن العقد إذا انعقد بالمكاتبة يتم عند قبول القابل ، ولا يشترط أن يكون القبول قد وصل إلى علم الموجب .
ويلاحظ أنه على وجه عام ، يشترط أن يسمع الطرف الآخر إيجاب الموجب ، ولكن لا يشترط بعد هذا سماع الموجب القبول .

١٤٤ — ويلاحظ أخيراً ، أنه لا يكفى أن يكون الإيجاب قد وصل إلى علم الطرف الآخر عن طريق الصدقة . فيلزم أن يكون قد وصل إليه قصداً ، برسالة أو كتابة .

(٣) الإرادة الحقيقية

١٤٥ — الأصل كما رأينا ، أن العقد ينعقد بالإرادة الظاهرة . إلا أنه إذا كانت تلك الإرادة الظاهرة لا تطابق الإرادة الحقيقية ، اختل العقد . ذلك أن الألفاظ هنا ، وإن كانت مقصودة ، إلا أن أثرها لم يكن مقصوداً .
فينعقد العقد ، وتبقى آثاره ناقصة .

ونستعرض الآن الأحوال التى لا تكون فيها الإرادة الظاهرة مطابقة للإرادة الحقيقية ، وهى أحوال : (١) الإكراه . (٢) التدليس . (٣) الغبن . (٤) الغلط . (٥) عدم الأهلية .

١٤٦ - (١) **الوكراه** - الاكراه أهم عيوب الرضاء في الفقه الاسلامى . وهم يفردون له كتاباً خاصاً . والمقصود هنا بالاكراه هو الاكراه الادبى . فيعتبر مكرها من وجد نفسه معرضاً لضرر يحق به ، إذا لم يلتزم ، فاختر الا للزام . وقد قرر الفقهاء صراحة أن المكره في الواقع مختار ، بمعنى أنه يختار أهون الشرين .

والاكراه عبارة عن تهديد ، وهو على نوعين اكراه تام واكراه ناقص . والاكراه يكون تاماً ، إذا كان التهديد منصبا على حياة المكره ، أو على عضو من أعضائه ؛ ويكون ناقصاً إذا كان التهديد واقعاً على حريته ، كأن يهدد بالحبس أو بالقيد ؛ أو على جسمه دون أن يبلغ جسامته الأول ، كأن يهدد بالضرب الذى لا يذهب بحياته ، ولا بعضو من أعضائه . على أن هذه التفرقة نظرية محضة فيما يتعلق بالعقود .

١٤٧ - ويشترط في المكره ، أن يكون فى استطاعته تنفيذ ما توعد به المكره . ويشترط في المكره ، أن يكون قد دخل فى روعه ، أن التهديد سينفذ بالفعل . فيمكن القول إذاً ، أن تقدير الاكراه أساسه ذاتى فى الفقه الاسلامى ، فتلاحظ فى كل حالة قوة المكره ، ومبلغ تأثير تهديده على مخيلة المكره .

ولا يكون موضوع الاكراه فى جميع الأحوال كما يرى إلا ضرراً مادياً يتحمله المكره فى جسمه .

١٤٨ - أما الخلل الذى يصيب العقد من تأثير الاكراه ، فسنينه عند الكلام على نظرية البطلان والفساد . ومن مميزات الفساد هنا ، أن المكره يستطيع دائماً هو ، أو ورثته ، استرداد الشيء الذى باعه مكرها ، ولو تداولته الأيدي .

١٤٩ — ويظهر من استقراء الوثائق ، أنه كان يتجرز في العمل باحتياط شديد ، من أثر هذا العيب . ولذلك يقرر المتعاقدان دائماً ، مع تكرار في الألفاظ ، أنهما قد رضا بالعقد غير خائفين ، ولا مكرهين ، ولا مضطرين الخ . . (انظر الورقة البردية رقم ٧٥١٥ ، فيوم رقم ١١) . ويرجع تاريخ هذه الورقة إلى سنة ٢٦٧ هجرية وهي منشورة بمجموعة متحف برلين (ص ٢١ - ٢٤) . ويلاحظ أن العقد الثابت في هذه الورقة طرفاه من مسيحي مصر وقد قررا فيه أنهما تبايعا على بيع الاسلام وعهدته وشريطته . .

١٥٠ — (٢) التدليس — إذا كان ما حمل أحد المتعاقدين على التعاقد ، كذب التعاقد الآخر ، أو ما استعمله هذا التعاقد الآخر من الطرق الاحتيالية ، فلا يمكن القول أن التعاقد الأول ، قد أراد حقيقة أثر العقد ، لذلك يختل هذا الأثر .

ومن أمثلة التدليس : التاجر الذي ينسب إلى بضاعته ميزات ليست بها ، وكذلك التاجر الذي يبالغ في تبيان محاسن بضاعته فيشتري المشتري متأثراً بذلك ؛ وقد يقع التأثير على البائع ، كأن يخس المشتري قيمة الشيء ليحصل عليه في مقابل ثمن زهيد ، فيبيعه البائع بهذا الثمن . وفي جميع هذه الأحوال يعتبر التدليس أو «التغريب» ، كما يقولون ، تدليساً قولياً . أما إذا كان التاجر قد استعمل طرقاً احتيالية لكي يلقى في روع المشتري أن لبضاعته صفة معينة ، ليبين مثلاً أن البقرة حلوب ، فيعتبر تدليسه فعلياً . وهذه هي حالة «التصرية» ، وقد وردت في حديث .

١٥١ — ولا تتأثر الرابطة التعاقدية من التدليس ، إلا إذا توفر في التدليس الشرطان الآتيان :

(١) أن يكون قد ارتكبه أحد المتعاقدين ، أو السمسار الذي توسط

بينهما . أما إذا كان قد ارتكبه أجنبي ، فلا أثر له ، على الراجع .

(٢) أن يكون قد أصاب المتعاقد من جرائه غبن فاحش . في حالة التدليس القولي ؛ أو غبن يسير ، في حالة التدليس الفعلي .

على أنه في حالة التصرية ، لم يسلم (أبو حنيفة) بجواز الفسخ رغم الحديث ، ولا يكون للشترى في هذه الحالة ، سوى حق الرجوع ببعض الثمن .
١٥٢ — وفي حالة بيع المراجعة ، إذا لم يصدق البائع عند ذكر الثمن الذي اشترى به المبيع ، يجوز للشترى أن يفسح العقد .

ويلاحظ هنا أن ما يطلقون عليه لفظ « العرور » ، هو عبارة عن تضليل الغير ، والأخلال بماله من الثقة المشروعة . وهو يولد مسؤولية غير تعاقدية .

١٥٣ — ويلاحظ أخيراً أن حق الفسخ بسبب التدليس ، لا ينتقل إلى ورثته المجنى عليه .

١٥٤ — (٣) الغبن — الغبن ليس في الأصل عيباً من عيوب الرضا ، وهذا هو فقه ظاهر الرواية . وما يؤيد ذلك ، أن الوكيل يستطيع في رأى (أبي حنيفة) ، أن يبيع ، مع الغبن الفاحش ، فلأن يكون ذلك للأصيل أولى .

ولكن قد ذكر (محمد) في « الجامع الصغير » ، أن الصلح بين المالك والمغتصب على قيمة الشيء المغتصب ، يمكن تعديله إذا كان يتضمن هذا الصلح غبناً فاحشاً ، في مصلحة المالك . وفي القسمة ، يراعى ما قد يقع على أحد المتقاسمين من الغبن ، أو كما يقولون من « الجور » .

١٥٥ — ولكن يظهر أنهم قد انتهوا إلى اعتبار الغبن في البيع كذلك . وهذا على الأقل رأى البعض . فقد ذهب هذا البعض إلى أن الغبن يعتبر

عيباً من عيوب الرضا ، اذا كان المتعاقد الآخر قد قبل ، وهو جاهل الغبن .
فأما رأى الفريق الآخر ، فهو أن الغبن لا يعتبر الا اذا توفر الشرطان
الآتيان :

(١) أن يكون فاحشاً . ويكون كذلك إذا تجاوز نسبة ١ من ٢٠ .
ويرى بعض الفقهاء ، أنه يكون كذلك إذا تجاوز الخمس في العقارات ، والعشر
في الحيوان ، وفيه في العروض ، على أنه في العروض إذا كانت قيمتهما معروفة ،
فكل خلاف بينها وبين الثمن يعتبر غبناً .

وقد اكتفى البعض بالقول ، أن الغبن يكون فاحشاً ، إذا كانت القيمة
المتفق عليها أقل أو أزيد مما قدره جملة مقومين ..

ولكن إذا كان العقد قد صدر من وكيل ، أو من مفلس ، أو من مريض
في مرض موته ، فيجوز للوكيل ، أو للدائنين ، أو للورثة ، إبطاله ، ولو كان
الغبن يسيراً ، ما لم يدفع لهم الفرق .

وقد يتطلب من الوصي في بعض الأحوال ، ليس فقط أن يكون عقده
خالياً من الغبن ، بل أن يكون أيضاً به زيادة في مصلحة المحجور عليه ، وهو
ما يسمونه « بالخيرية » ، وهذا هو الحكم إذا كان الوصي قد تعاقد مع نفسه .

(٢) أن يصاحبه تغيير . فلا يكون الغبن وحده من عيوب الرضا .
وهو رأى دافع عنه (ابن عابدين) واستقر عليه المذهب . وطبقاً لهذا
الرأى يمكن ادماج العيبين معاً ، فيكون العيب هو عبارة عن غبن تدليسى .

ولكن يلاحظ أن الغبن وحده قد يكفي في بعض الأحوال . فقد ذكر
(ابن عابدين) نفسه أن الغبن يكفي إذا تعاقد الشخص تحت تأثير الضرورة .
ومن المسلم به ، أنه إذا كان العقد قد صدر من قاصر ، أو من وقف ،
أو من بيت المال ، فلا يشترط في الغبن أن يصاحبه تغيير .

١٥٦ — إذا وقع الغبن التدليسي أمكن فسخ العقد . ويستطيع المشتري فسخ البيع ، ولو كان قد تصرف في المبيع . إلا أنه في هذه الحالة ، تقع المقاصة بين قيمة الشيء الحقيقية ، والثمن الذي يطلب المشتري رده .

١٥٧ — (٤) الغلط — إذا كان موضوع العقد قد تعين في العقد ، ثم اتضح أن ما ورد عليه العقد بالفعل ، يخالف في جوهره ما ذكر في العقد ، كان العقد منعدم الموضوع ، فيبطل . من ذلك ، ما إذا اشترى حجارة بمينة ، فظهر أنها زجاج .

وإذا كان ما ورد عليه العقد بالفعل ، لا يخالف ما ذكر في العقد ، إلا في بعض الصفات ، فالعقد يعتبر منعقدًا ، ولكنه يبقى محتلاً . وهل يمكن القول أن الخلل هنا يرجع إلى حصول غلط في الموضوع ؟ لم يقل الفقهاء ذلك ، على أن الواقع ، أنه إذا اشترى شخص شيئاً ، على أن صفة معينة متوفرة فيه ، ولم يكن ذلك صحيحاً ، فقد وقع هذا الشخص في اللغط . أما الفقهاء فيقولون أن شرطاً من شروط العقد لم ينفذ في هذه الحالة ، ولهذا السبب يستطيع المشتري الفسخ . كما لو اشترى حجارة ليلاعلى أنها سوداء ، فاذا بها خضراء ، أو كما إذا اشترى حيواناً على أنه ذكر ، فاذا به أنثى .

ولقد قالوا ، أن العقد يفسد إذا كانت الصفة المتخلفة ذات أهمية ، كما لو اشترى داراً على أنها بنيت بالحجارة ، فاذا بها من لبن .

١٥٨ — ويتضح مما تقدم ، أنه لا يحتاج بالفعل إلى نظرية الغلط في الأحوال المذكورة . أما في حالة الغلط في الصفات الجوهرية ، فالعقد باطل لانعدام موضوعه ؛ وأما في حالة الغلط في الصفات الثانوية ، فالعقد يفسخ للاخلال بشرط من شروطه . وفي هذه الحالة الأخيرة ، لا يبحث عما إذا كانت الصفة موضوع الغلط ، تعتبر هي الدافعة على التعاقد ، أم لا ، فالمفروض أنها كذلك ، وإلا لما اشترطها المتعاقدان .

ويبقى أنه إذا لم يكن هناك شرط صريح ، لا يمكن فسخ العقد ، ما دام الغلط وارداً على صفات ثانوية . وقد يحصل بالفعل أن ينظر المشتري إلى صفة خاصة في المبيع ، ولا يجعلها شرطاً صريحاً من شروط العقد ، فتبقى هي في ذهنه محل العقد . ولكن يلاحظ ، أنه يصعب دائماً في العمل إثبات حصول الغلط في هذه الأحوال ، ولذلك وجدت المحاكم الفرنسية نفسها مضطرة إلى الرجوع دائماً إلى نصوص العقد ، وصانت بذلك العقود من خطر الادعاءات الفاسدة .

١٥٩ — وفي الجملة ، الغلط في الصفات الجوهرية يبطل العقد ؛ بينما الغلط في الصفات الثانوية ، ولو كانت من الصفات الدافعة على التعاقد ، لا يؤثر في العقد ، ما دامت صفة من تلك الصفات لم تشرط بالعقد . ويمكن القول إذاً ، أن الغلط لا يعتبر عيباً من عيوب الرضا ، إلا إذا ورد على جوهر المعقود عليه .

ولكن يلاحظ مع هذا أن الغلط في شخص المتعاقد . قد يكون سبباً للفسخ . من ذلك ، أن من تعاقد مع وكيل يستطيع الفسخ إذا اتضح له أنه قاصر . ذلك أن الوكيل القاصر لا يسأل هو عن تصرفاته ، وتخالف هذه النتيجة غرض المتعاقد معه .

١٦٠ — وقد ذكروا أن الخطأ ، عيب من عيوب الرضا ، بمناسبة الاجارة والوصية . وقد قالوا أن الخطأ ، كذلك لا يؤثر في الطلاق . ويلاحظ أن نظرية خيار العيب ، وخيار الرؤية ، تمت إلى نظرية الغلط بصلات وثيقة .

١٦١ — وقد ذكروا ، الغلط ، بمناسبة القسمة ، ويقصدون بالغلط هنا الغلط المادي في عملية القسمة . وأثره أن القسمة تعاد . على أن الغلط المادي ، في حساب الثمن ، أو في عدد الأشياء المبيعة ،

لا يؤثر في عقد البيع . ولا يمكن تصحيح العقد بعد وقوع الغلط . فقد قالوا أن الثمن الواجب على المشتري هو الثمن الوارد ذكره في العقد ولو كان مجموع مفردات الحساب أزيد مما ذكر .

١٦٢ - (٥) عدم الأهلية - نرى اتباع ما ذهب إليه العلامة (جوسران) من اعتبار عدم الأهلية عيباً من عيوب الرضا . على أن دراسة عدم الأهلية تخرج عن نطاق نظرية الالتزام . ويكفيها هنا أن نقول أن انعدام الإرادة عند المجنون والصبي غير المميز ، يجعل عقودهما باطلة ، ولو أنهما يسألان عن الضرر الناشئ عن فعلهما . وأن انعدام الإرادة انعداماً جزئياً عند الصبي المميز ، والمعتوه ، وذى الغفلة ، يؤثر في العقود المترددة بين النفع والضرر ، ويبطل العقود الضارة بهم ضرراً محضاً . وحال السفه كالحكم فيما عدا الوصية .

ويلاحظ أن المدين المفلس ، والمريض مرض الموت ، يصح اعتبارهما أيضاً كناقصي الأهلية ، بالنسبة للورثة ، والدائنين ؛ ولذلك لا تنفذ العقود الصادرة منهم اضراً بهؤلاء وهؤلاء .

وسنبين فيما بعد ، طبيعة الخلل الذي يصيب العقود ، من جراء عدم الأهلية . ونلاحظ هنا أن نظرية الأهلية لم ترد مبسوطة إلا في كتب الأصول .

(٤) النظرية العامة للبطلان

١٦٣ - إذا لم يتوفر ركن من أركان العقد ، لم ينعقد هذا العقد . ويقول الفقهاء في هذه الحالة ، أن العقد يكون باطلاً .

وإذا توفرت جميع أركان العقد ، إلا أنه داخله عيب من العيوب ،
فالعقد يسمى « فاسداً » .

ويلاحظ هنا أن بعض المؤلفين لا يراعون دائماً الدقة في التعبير .
فكثيراً ما يخلطون بين اللفظين . وفي الواقع فإن هذه التفرقة الهامة من
مميزات الفقه الحنفى ، وهي تختلف اختلافاً تاماً عما هو معروف في القوانين
الحديثة بالبطلان المطلق ، والبطلان النسبي .

ففي الفقه الاسلامى ، البطلان والفساد كلاهما يجعلان العقد معدوم الأثر .
أما الآثار التى قد تنشأ عن العقد الفاسد ، فهى كما سنبينه آثار ناشئة فى الواقع
عن تنفيذه . ثم ان البطلان فى كلا الحالين ، يستطيع التمسك به الطرفان ،
والغير أياً كان . فالعيب الذى يسبب الفساد ، كالعيب الذى يسبب البطلان ،
لا يهم فقط المتعاقدين ، ولا يتعلق بمصلحة أحدهما الخاصة .

وسنستعرض الآن أحوال البطلان لعدم الانعقاد ، وتبعتها بدراسة طبيعة
هذا البطلان ، ثم نستعرض أحوال البطلان لعيب شاب العقد ، وهو ما يسمونه
« بالفساد » ، وتبعتها كذلك بدراسة طبيعة هذا الشكل الثانى للبطلان . ونردف
هذا كله بدراسة أنواع أخرى للبطلان ، لا سيما الجزاءات التى رتبها الشرع .
عند ما يكون رضا المتعاقدين معيياً .

١٦٤ — (أول) العقد الباطل لعدم الانعقاد — (١) أحوال هذا
البطلان — قلنا أنه اذا انعدم ركن من أركان العقد ، فلا ينعقد العقد ،
ويقصد بالأركان الشروط الواجب توافرها فى كل عقد على العموم ، وكذلك
الشروط المطلوب توافرها لانعقاد عقد معين .

وتطبيقاً لذلك يكون العقد باطلاً ، إذا لم يكن له محل ، كما لو كان هذا

المحل مما لا يصح التعامل به ، أو لم يكن مالا ، أو كان مما لا يملك من الأموال .
وكذا يكون العقد باطلا ، إذا لم يكن له طرفان ، كما لو كان الشخص
قد تعاقد مع نفسه ، أو إذا كان أحد الطرفين مجنوناً ، أو صبيّاً غير مميز .
ويكون العقد باطلاً أخيراً ، إذا كان قد شاب الشكل الذي ظهرت به
الارادة - وهو ما يسمونه بالصيغة - عيب ، كما لو كان الموجب قد استعمل
صورة الأمر ، أو إذا لم يطابق الإيجاب القبول ، أو إذا كان هذا التطابق لم
يتم في وحدة الزمان المسماة بمجلس العقد .

ويلاحظ أن الفقهاء لم يذكروا السبب كركن من أركان العقد ، ولكننا
قد رأينا أن العقد يسقط في الواقع ، إذا لم يكن له سبب ، فيما عدا أحوال
الربا .

١٦٥ — وما بيناه من القواعد ينطبق على جميع العقود . ففي إجارة
الأشخاص ، يبطل العقد إذا كان التزام رب العمل لا سبب له ، كما لو كانت
الخدمة واجبة قبل العقد على الأجير . وفي الرهن ، يبطل العقد إذا كان
المقصود به ضمان دين غير مشروع ، كأجرة المغنية . وفي الصلح ، يبطل
العقد ، إذا كان موضوعه التنازل عن حق خيار الشرط . وفي الكفالة ،
يبطل العقد ، إذا كان الكفيل قد كفل الوديع في حالة هلاك الشيء المودع
دون تقصير ، ذلك لأن الالتزام الأصلي لا وجود له . وكذلك إذا كفل
الوكيل الشخص المتعاقد معه قبل الموكل ، ذلك أن الوكيل مسؤول قبل
الكفالة ، قبل الموكل . وفي الشركة أخيراً ، يبطل العقد إذا كان موضوعه
من الأشياء المباحة .

١٦٦ — (٢) آثار البطالة لعدم انعقاد — من الطبيعي ألا
يكون للعقد غير المنعقد آثار ، فالعقد في نظر الشرع غير موجود ، وهو

والعدم سواء . ففي البيع مثلاً ، لا تنتقل الملكية الى المشتري ولو تسلم المبيع ، وفي الرهن الباطل لا يجوز للدائن حبس العين ، وفي الاجارة الباطلة لا يجبر المستأجر على دفع الأجرة .

فاذا كان قد تنفذ العقد رغم البطلان ، يلزم رد الحالة الى ما كانت عليه . ففي الصلح مثلاً يستطيع من دفع شيئاً للتصالح أن يسترده ، وفي البيع يستطيع المالك أن يسترد العين ولو كانت الأيدي قد تداولتها أو وقفها المشتري . ولا يقبل العقد الباطل الاجارة بالبديهة ، ذلك أنه لا يصح إجازة العدم .

١٦٧ — ولكن هناك مسألة ضمان الهلاك . على من تهلك العين اذا حصل تسليمها ، رغم بطلان العقد ؟ يقضى المنطق بأن تهلك العين في هذه الحالة على البائع ما دامت هي باقية على ملكه . ولكنهم قد جعلوا الهلاك هنا على المشتري ، وقد قاسوا حاله على حالة المشتري تحت سوم الشراء ، أى الشخص الذى قبض العين ليفحصها قبل شرائها ، فهلكت بين يديه . ففي الحالتين ، يهلك الشيء على شخص لم يملكه ، ولكن في الحالتين قد قبض هذا الشخص الشيء ، وهذا القبض قد حصل بقصد تحقيق مصلحة له ، فامكن لذلك تحميله الغرم .

١٦٨ — (ثانياً) العقد الباطل لعيب من العيوب أو العقد الفاسد (١) أهوال البطورية الناسى عن الفسار — بعد توفر أركان العقد، تبقى هناك شروط أخرى ، يشترطها الشرع ، فاذا هي لم تتوفر فسد العقد . وفي الواقع ، يتبين من تقصى النصوص أنه ما من حكم من أحكام الشرع فيما يتعلق بالعقود ، يمكن مخالفته دون أن ينشأ عن هذه المخالفة فساد . سواء كانت هذه الأحكام عبارة عن شروط عامة للعقود ، أو كانت شروطاً خاصة بعقد من

هذه العقود . فالبطلان هو إذاً في هذه الصورة ، الجزاء الذى يرتبه الشرع على مخالفة أحكامه ، ما دامت هذه المخالفة ، لم تعدم ركناً أساسياً من أركان العقد .

وعلى ذلك يكون العقد فاسداً ، إذا أصاب العقد عيب ، فى وحدته ، أو فى محله . بأن كان المحل غير معين أو كان موضوع العقد لا يخلو من الغرر . أو فى سببه . كالربا وشبهة الربا . ويدخل فى فكرة الوحدة ، اقتران العقد بشرط فاسد . ويدخل فى عدم التعيين ، جهالة الأجل .

ويلاحظ أن عدم التعيين ، أو الجهالة على العموم . لا تمنع من انعقاد العقد بل هى تفسده سواء تناوأت ركناً أساسياً من أركانه أو شرطاً من شروطه . ومن أمثلة ذلك عدم تعيين الثمن فى البيع ، وعدم تعيين الأرباح فى عقد الشركة . ويلاحظ مع ذلك أن الثمن ليس ركناً أصلياً من أركان عقد البيع ، ولذلك لا يبطل العقد لعدم ذكر الثمن أو لكون الثمن بما لا يتعامل به الناس .

وعلى العموم ، لا يلزم أن يداخل الفساد ، أحد أركان العقد ، بل يكفي أن يخالف المتعاقدون شرطاً من الشروط ، ولو كان غير أساسى ، لفسد العقد . وكذا لو كان هذا الشرط خاصاً بعقد من العقود ، كشرط القبض فى بيع المنقول ، فإذا كان قد تم البيع قبل قبض البائع للمبيع المنقول ، يفسد البيع . والأمثلة على ذلك كثيرة فى المزارعة ، وفى الصرف .

ومخالفة أى حكم ولو لم يكن شرطاً من شروط العقد نفسه يفسد العقد أيضاً كما قلنا ، من ذلك أن جعل خيار الشرط ، لا أكثر من ثلاثة أيام ، يفسد العقد . ويتضح مما تقدم . أن أسباب الفساد كثيرة ، ولذلك قلنا أن حرية التعاقد انحصرت ضمن حدود ضيقة . فالفساد هو الحائل دون حرية التعاقد

في الواقع ، إذ هو جزء جميع النصوص الآمرة كما قدمنا .

١٦٩ - (٢) آثار البطور الناشئ عن الفساد - (١) فجمايين المتعاقرين -

العقد ، في الواقع ، باطل ، فهو لا أثر له . ففي البيع مثلاً ، لا تنتقل ملكية العين إلى المشتري . وفي الرهن لا يكون للدائن ، في الأصل ، حق حبس الشيء المرهون . وكذلك في الشركة الفاسدة ، توزع الأرباح بنسبة حصص الشركاء في رأس المال ، دون اكتراث بما نص عليه العقد . وفي المزارعة الفاسدة ، لا يمكن اجبار المزارع على العمل .

ويلاحظ أن البطلان هنا ، لا يحتاج إلى حكم القضاء لتقريره . فهذا البطلان يستطيع التمسك به كلا الطرفين ، وللقاضي أن يقضى به من تلقاء نفسه . والعقد الفاسد لا يقبل الاجازة مطلقاً ، ولا يزول البطلان ، في الأصل ، أبداً ، ما لم يكن الفساد قد نشأ عن اقتران العقد بشرط فاسد ، أو عن اتصافه بأجل مجهول ، فيزول البطلان بحذف الشرط ، أو التنازل عن الأجل . ويمكن أيضاً إزالة الفساد الناشئ عن تعيين الثمن ، بتعيينه قبل انقضاء مجلس العقد .

والتنفيذ في الواقع ، لا يزيل هو نفسه ، البطلان الناشئ عن الفساد . فقد نصوا على أن للكفيل ، إذا دفع بمقتضى عقد كفالة فاسد ، أن يسترد ما دفعه ، وأن للراهن ، في لأصل ، أن يسترد الرهن من المرتهن . إذا كان عقد الرهن فاسداً .

١٧٠ - وفي البيع كذلك ، للبائع أن يسترد المبيع ، ولو كان قد سلمه إلى المشتري .

وهنا نلاحظ ، أن الفقهاء قد قالوا ، أن القبض ينقل الملكية في البيع الفاسد . على أنا نرى أن هذا ليس إلا مجرد تصوير ، يقصد به تصحيح تصرف

المشتري في العين المبيعة ، فتتحقق بذلك حماية الغير ، كما سنبينه . أما الواقع . فهو كما ذهب اليه فقهاء العراق ، أن المشتري ليس له حق على العين المقبوضة ، فهو لا يستطيع الانتفاع بها ، ولا من باب أولى استهلاكها . وبما يؤيد عدم انتقال الملك اليه ، أن الشفعة نفسها لا يصح طلبها ، رغم حصول القبض .

١٧١ — وإذا هلك الشيء بعد أن قبضه المشتري ، أو تغير شكله ، لزم المشتري تعويض البائع ، لا دفع الثمن ، فالعقد إذا لم يتصحح . وفي رأى (محمد) تعتبر قيمة الشيء ، في يوم الهلاك .

وكذلك إذا كان المستأجر قد انتفع بالفعل بالعين المؤجرة ، كان للمالك أن يرجع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب ، إذ موضوعها لا يكون الأجرة المتفق عليها ، بل قيمة الربيع المتوسط للأرض المؤجرة . وهو ما يسمونه « أجر المثل » . ويلاحظ هنا أن هذه القيمة يجب ألا تتجاوز مقدار ما سمي من الأجرة .

وكذلك أيضاً في اجارة الأشخاص والمزارعة ، يرجع العامل الذي عمل ، لا باجره المشروط ، ولكن باجر المثل ، ولا يشترط أن يكون عمله قد سبب لرب العمل اثراء بالفعل ، كما سنبينه .

وهذا هو أيضاً حكم المضارب في المضاربة الفاسدة ، فهو يرجع بأجر عمله لا بنصيبه في الأرباح .

١٧٢ — (ب) بالنسبة للغير — الغير هو من يخلف المشتري في العقد . والسؤال ، هل يصح الاحتجاج قبل هذا الغير ، بفساد العقد ؟ وبعبارة أخرى ، هل يصح لمالك الشيء أن يسترده ، ولو تداولته الأيدي ؟ من الظاهر أنه إذا صح له ذلك لتزعزت العلاقات التعاقدية . فاسباب الفساد كثيرة وليس في الفقه الاسلامي طرق لشهر التصرفات ، فيبقى الغير إذا جاهلاً

لعيوب ملكية من نقل له الملك ، وإذا اشترى كان ملكه متقللاً . لهذا أوجد الفقهاء قاعدة عظيمة الفائدة ، يمكن بواسطتها الاستغناء عن طرق الشهر . ذاك أنهم نصوا على أن التصرف في العين يطهرها من العيوب التي تشوب ملك المتصرف .

ولكن تقوم هنا صعوبة . كيف يقيس لشخص أن يملك أكثر مما يملك ؟ يظهر أن هذا التناقض دعا الفقهاء إلى تصور انتقال الملك إلى المشتري بالقبض ، ولذلك قرروا أنه وإن لم يكن لهذا المشتري أن ينتفع بالعين ، إلا أنه له يبيعها وهبتها ورهنها لا اجارتها .

وعلى ذلك لا يستطيع المالك في هذه الأحوال استرداد الشيء من الغير ، وهو له فقط المطالبة بتعويض ، ويكون عبارة عن قيمة الشيء المبيع .

١٧٣ — ويلاحظ أخيراً أن القول بانتقال الملك إلى المشتري بالقبض ، هو تصوير حنفى بحت . وهو جوهر نظرية الفساد . وقد قلنا أن المقصود منها في الواقع حماية حقوق الغير . ولكن نلاحظ أن هذه الحماية لا تمتد إلى أحوال البطلان لعدم الانعقاد .

١٧٤ — (ثالثاً) نوع آخر من البطلان وآثار عيوب الرضا على العموم — لا توجد في الفقه الاسلامي ، نظرية عامة لعيوب الرضا . وهم لم يذكروا من عيوب الرضا صراحة سوى الاكراه ، وقد رأينا أن العيوب الأخرى يتناولها الشرع من طرق غير مباشرة . على أننا سنجمع هنا آثار عيوب الرضا على اختلافها .

١٧٥ — (١) الاكراه — يقول الفقهاء أن العقد إذا شابه إكراه فسد ، على أن للفساد هنا طبيعة خاصة ، فهو لا يهيم غير المكروه ، ولذلك

للمكره أن يحيز العقد فيزول الفساد ، ولكن يشترط أن تحصل الاجازة بعد زوال الاكراه ، على أن للاجازة أثراً رجعياً .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الفساد هنا لا يحتاج به إلا المجنى عليه فيه ، إذا كان الشيء قد قبضه المشتري . وللمكره أن يسترد دائماً المبيع ، وإن تداولته الأيدي ، إلا إذا كان قد أصبح وقفاً .

ويلاحظ أخيراً ، أن الشيء يهلك على مالكة ، إذا كان في يد المكره ، ولكن ما قبضه الطرف الآخر يهلك عليه ، ويلزم بتعويض المكره .

١٧٦ — (٢) التدليس — لمن دلس عليه ، حق فسخ العقد . ولكن التدليس قبل الفسخ ، لا يؤثر في العقد ، فيكون للعقد جميع آثاره ، إلى أن يفسخ . على أن الفسخ يعدم العقد ، ويجعله كأن لم يكن .

ويلاحظ أن حماية الغير ، تتم هنا بالكيفية التي ذكرناها في نظرية الفساد أي يعتبر التصرف في العين مطهراً لها .

١٧٧ — (٣) الغبن — الغبن يفسد العقد ، إذا كان المغبون قاصراً أو وقفاً أو بيت المال ، وكذلك الحكم في القسمة . وورد في بعض النصوص أن العقد يكون في هذه الأحوال ، باطلاً .

١٧٨ — (٤) الغلط — الغلط في الصفات الجوهرية لموضوع العقد ، يجعل العقد باطلاً ، لعدم الانعقاد . ذلك أن المحل يعتبر هنا منعديماً . وإذا كان الغلط في صفات ثانوية ، يكون لمن غلط حق الفسخ ، كما قلنا في التدليس .

١٧٩ — (٥) عدم الأهلية — لعدم الأهلية آثار مختلفة . فإذا كانت مطلقة ، كما في حالة المجنون والصبي غير المميز ، يبطل العقد لعدم

الانعقاد . وإذا كانت جزئية ، كما في حالة الصبي المميز والمعتوه وذى الغفلة ، يطل العقد الضار بالمحجور عليه ضرراً محضاً . أما العقد المتردد بين النفع والضرر ، فلا أثر له ما دام الوصى لم يحزه ، وعند عدم الاجازة ، يعتبر كأن لم يكن .

وعقود المفلس ، والمريض مرض الموت ، تعتبر كذلك لا أثر لها ، بالنسبة للدائن والورثة .

(٥) الآثار العامة للعقود

١٨٠ — العقد يقيد المتعاقدين . ولذلك لا يستطيع أحد الطرفين ، بعد العقد ، التحلل من قيود العقد ، ما لم يتفقا على الإقالة . أما إرادة أحد الطرفين ، فلا تستطيع هدم العقد ، ولا تعديله .

على أن قوة العقود الإلزامية ، وإن كانت هي الأصل ، فقد ورد عليها عدة مستثنيات ، مما جعل رابطة العقد ، في الجملة ، متراخية . ويظهر ، أنه لم يكن من السهل ، في تلك العصور ، قبول فكرة التقيد برباط العقد تقيداً نهائياً . ولذلك نجد عدداً كثيراً من العقود ، لا يستطيع أحد المتعاقدين الرجوع فيها ، بعد تمامها ، وهي ما يسمونه ، « بالعقود غير اللازمة » . ويلاحظ كذلك ، أنه من المندوب إليه ، أن يجيب أحد الطرفين ، الطرف الآخر ، إلى طلبه الإقالة .

١٨١ — أما العقود غير اللازمة ، فهي :

(١) الوكالة . فليس للوكيل ، أن يجبر الوكيل على العمل . وللوكيل ، أن يفسخ الوكالة متى شاء . على أن الفقه العملي ، قد عالج عدم لزوم الوكالة ،

عن طريق ما يعرف باسم « الوكالة الدورية » .

(٢) العارية . فليعتبر أن يسترد الشيء المعار ، ولو لم يحل الأجل المتفق عليه . وكذلك الأمر في الوديعة .

(٣) الشركة ، تنفسخ متى أراد الفسخ ، أحد الشركاء . وكذلك المضاربة .

(٤) الكفالة . والرهن ، يجوز دائماً الدائن . أن يرجع فيهما .

(٥) المزارعة ، يجوز دائماً للطرف ، الذي عليه البذر ، فسخها .

(٦) الاستصناع ، يجوز فسخه ، ما دام الشيء لم يصنع . أو صنع ولم يعرض على رب العمل . ولهذا الأخير الفسخ ، ولو بعد صنعه ، وعرضه في ظاهر المذهب .

(٧) ويلاحظ أن نظرية الأعذار تؤثر تأثيراً عميقاً ، في القوة الإلزامية لعقد الإجارة ، سواء في ذلك إجارة الأشخاص ، أو إجارة الأشياء .

(٨) والهبة ، يجوز الرجوع فيها ، ما دام لم يتحقق ، واحد من الموانع السبعة ، التي سردوها .

(٩) والتحكيم . يجوز الرجوع فيه ، ما دام لم يصدر حكم .

(١٠) ولا حاجة للقول بأن الوصية كذلك يجوز الرجوع فيها ، ما دام الموصى على قيد الحياة .

١٨٢ — ويشترط كقاعدة عامة ، أن يصل الفسخ ، إلى علم الطرف الآخر . ويلاحظ ، أنه في الهبة ، يلزم الرجوع إلى القضاء .

أما قبل الفسخ ، فالعقد نافذ ، وآثاره كاملة .

١٨٣ - تفسير العقود - تفسير العقود ، يكون على أساس الارادة الظاهرة ، لا على أساس الارادة الباطنة . وقد قال (السرخسي) ، بصريح العبارة ، أنه يلزم التقييد بنص العقد ، دون الرجوع إلى نية المتعاقدين . وإذا كان اللفظ ، يحتمل أكثر من معنى واحد ، يستعان بنية المتعاقدين على تحديد المعنى . ويشترط على كل حال ، أن يكون المعنى ، مما يتضمنه اللفظ المفسر . ويلاحظ في التفسير ، أن يكون في مصلحة الملتزم ، إذ المفروض دائماً أنه يلتزم بالأقل ، والأصل البراءة .

ويلاحظ أخيراً في التفسير ، أن مبنى عقود المعاوضة ، الماكسة ، بينما العقود التبرعية ، مبناهما التجوز ، والحطيطة ، ومنها الصلاح .

١٨٤ - آثار العقد بالنسبة لخفاها المتعاقدين - في الأصل ، لا يستطيع الشخص ، أن يملك غيره ، أكثر مما يملك هو . ولكن قد رأينا ، أنه إذا كان حق البائع معيياً ، يزول العيب ، في كثير من الأحوال ، عند التصرف في العين . من ذلك ، أن تصرف الموهوب له ، يطهر العين الموهوبة ، من حق الرجوع . وأنه إذا حصل تصرف في العين ، التي باعها المدين ، في أثناء مرض الموت ، فإن الدائنين ، لا يستطيعون . إبطال هذا التصرف .

١٨٥ - نظرية عدم النفاذ - الأصل ، أن العقد ، لا يمكن أن يضر بالغير . ومن ذلك أن البائع ، إذا لم يكن مالكا ، فعقده بالنسبة للمالك لا اثر له ، ويقول الفقهاء انه « غير نافذ » . وهل هذا يفيد انه باطل ؟ في الواقع ، العقد هنا ، باطل من جميع الوجوه ، الا انه يحتمل الاجازة من الغير . وعند ذلك يزول البطلان ، ويعتبر العقد ، كأنه قائم من تاريخ

الانعقاد . (قارن المادة ١٠٨ من القانون المدني الألماني ، وعدم نفاذ بيع ملك الغير في الفقه الألماني . انظر (سالي) ص ١٦٣ رقم ١٥٢) .

١٨٦ - (اول) ادوار عدم النفاذ - يمكن القول بوجه عام ، أن العقد ، اذا كان يمس حقاً للغير ، يكون غير نافذ ، كما لو باع شخص ملك غيره . ويلاحظ هنا ، أن المقصود هو بيع الفضولي ، وهو البيع الصادر من أجنبي ، في مصلحة المالك . اما بيع ملك الغير في غير هذه الحالة ، فهو باطل ، ولا يزول بطلانه ، ولو أصبح البائع مالكا بعد ذلك .

ويعتبر أيضاً غير نافذ : اجارة ملك الغير ، وبيع الشيء المؤجر للغير ، أو المرهون للغير ، واجارة الشيء المرهون للغير .

ويعتبر أيضاً كذلك ، بيع المريض مرض الموت ، لاحد الورثة . وتصرف المدين الضار بدائنيه . وذلك كله يمس حقوق الغير .

ويلاحظ أخيراً ، أن تصرف الوكيل خارج حدود توكيله ، غير نافذ كذلك ؛ وعقود القاصر المترددة بين النفع والضرر ، تعتبر غير نافذة ، مادام الوصي لم يحجزها .

١٨٧ - (ثانيا) آثار عدم النفاذ - (١) فيما بين المتعاقدين - لا أثر العقد غير النافذ ، فيما بين المتعاقدين . فالملكية لا تنتقل الى المشتري في البيع . وللبائع أن يقرر صراحة التحلل من رابطة العقد ، وكذلك المشتري .

(٢) بالنسبة للمالك أو لصاحب الحق - ليس للعقد كذلك أثر . وللمالك أن يرفض صراحة الأجازة . وكذلك المؤجر ، في رواية (الطحاوي) . ولكن ، لصاحب الحق أن يحجز صراحة ، العقد ، وعند

ذاك ، يصبح للعقد أثر ، كما لو كان غير المالك ، قد تصرف بمقتضى وكالة ، ومن ذلك ، قالوا أن الأجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وعلى ذلك ، ترجع «حقوق العقد» ، هنا أيضاً ، الى العاقد. (سيأتي الكلام عن حقوق العقد فيما يلي). ويلاحظ أن للأجازة أثراً رجعياً ، وعلى ذلك تكون الزيادة في المبيع ملكاً للمشتري ، ولذلك يشترط وجود العين ، عند انعقاد العقد .

ويقوم مقام الأجازة ، مضي مدة الاجارة ، دون أن يبدى المستأجر رغبة ما ، ولذلك لا يستطيع المشتري بعد ذلك ، أن يتحلل من العقد . وكذلك عند ما تزول حالة الأغلاس ، تعود للعقد قوته كاملة .

ولكن لا تصح الأجازة ، اذا كان المتعاقدان ، قد تحللا قبلها صراحة . من قيود العقد ، أزمات احدهما ، أو هلك موضوع العقد .

(٣) بالنسبة للغير - يستطيع المالك أن يسترد عين ملكه ، ولو كان المشتري قد باعه ، وتداولته الايدي . فقاعدة أن التصرف مطهر ، لا عمل لها هنا ، ذلك أن البطلان في الواقع ، مطلق ، في هذه الأحوال ، اذ هو لا يرجع الى فساد في العقد .

١٨٨ - القاعدة ، كما قلنا ، أن العقد ، لا يمكن أن يضر بغير المتعاقدين . وهذه القاعدة مطردة . من ذلك ، انهم قالوا ، أن الثمن لا يمكن اشتراط دفعه على غير المشتري . وأن الاتفاق على أن شخصاً اجنياً عن العقد ، يقرض البائع ، لقيمة له ، بالنسبة للاجنبي . وكذلك ، لقيمة للشرط القاضى ، بان على شخص معين غير البائع ، أن يقوم بتسليم المبيع .

١٨٩ - أما التعاقد لمصلحة الغير ، فلا يظهر من النصوص ، انه غير جائز . وقد وجدنا بعض حالات ، اشترط فيها المتعاقدان ، شروطاً لمصلحة اجني عن

العقد . وفي حالة ، كلف شخص آخر ، أن يقوم بعد موته ، بدفع مبلغ لثالث ، وهذا المبلغ ، يقر الشخص الاول بأنه لهذا الثالث .

١٩٠ — نظرية النيابة — مبدأ النيابة هو الذى يسمح لشخص أن يتعاقد فى مصلحة شخص غائب ، سواء بطريق الوكالة ، أو بطريق الفضول . والنيابة تكون تامة ، اذا كانت نتائج العقد ، تقع مباشرة ، لمصلحة أو ضد المنوب عنه .

والفقه الاسلامى يسلم بمبدأ النيابة التامة . فالعقد الذى يعقده الوكيل باسم الموكل ، تنصب نتائجه جميعها على الموكل مباشرة . وكذلك العقد الذى يعقده الفضولى ، اذا اجازة رب المال .

١٩١ — ومبدأ النيابة هذا ، لم يصل اليه التشريع الرومانى ، الا بعد جهاد عنيف . وهو قد بقى مجهولاً ، من التشريع الفرنسى القديم . أما الفقه الإسلامى فقد قال بالنيابة التامة ، وبالنيابة التامة الى حدود بعيدة جداً .

ففى العقود التبادلية ، كالبيع والإجارة والصلح ، ينتقل الملك مباشرة الى ذمة الموكل ، ولو كان الوكيل ، قد عمل باسمه خاصة . وكذلك فى الهبة ، والعارية ، والقرض ، يسأل الموكل ، دون الوكيل ، عن تسليم العين ، ولو كان الوكيل ، قد عمل باسمه خاصة . أما فى هذه الأحوال الأخيرة ، فلأن العقد ، هو فى الواقع ، القبض ، والشئ مملوك للموكل ، لا للوكيل ، فكان من الطبيعى أن المطالبة لا تفيد الا اذا وجهت اليه . أما فى العقود التبادلية ، التى سبق ذكرها ، فقد اصبح الموكل ، هو المالك ، أو البائع الحقيقى ، مع أنه ليس معروفاً للتعاقد مع الوكيل . وفى هذا من الخطر ما فيه ، ولذلك قالوا أن حق الملكية أو المنفعة ، هو فقط الذى ينتقل الى ذمة الموكل مباشرة ، أما باقى الحقوق أو الالتزامات ، فلا يطالب بها ولا يسأل عنها ، غير الوكيل المتعاقد

باسمه . فالالتزام بتسليم المبيع ، والالتزام بدفع الثمن ، وحق فسخ البيع لعيب في المبيع ، أو للاستحقاق : جميع ذلك يقع على رأس الوكيل ، لا الموكل ، وبذلك يأمن المتعاقد مع الوكيل ، سوء المغبة .

ولكن يلاحظ مع ذلك ، أنه رغم كون هذه الالتزامات ، تقع على الوكيل ، فإن ذمة المتعاقد مع الوكيل تبقى مشغولة بالالتزامات ناقضة قبل الموكل ، ذلك أنه إذا دفع هذا الطرف الآخر إلى الموكل مباشرة ، يبرأ ، ولو لم يكن مكلفا بالدفع .

١٩٢ — على أن هذه النظرية . تضع المتعاقد بواسطة وكيل ، في مركز شاذ ، إذ هو يصبح مالكا في البيع ، ولا يستطيع مع ذلك المطالبة بتسليم العين ، أو هو يكون البائع الحقيقي ، ولا يستطيع مع ذلك المطالبة بالثمن . وقد حاولوا تفسير هذا الشذوذ ، بالرجوع إلى التفرقة المعروفة ، بين « الدين ، و « المطالبة » ، فقالوا ، أن الحق المجرد ، أو الدين المجرد ، قد يكون لشخص أو على شخص ، بينما المطالبة تكون على أو لشخص آخر . وحق المطالبة هذا ، يشمل في الواقع ، جميع الالتزامات ، التي تنشأ عن العقد ، وهي تلصق الصاقاً بشخص الوكيل ، بينما أساسها في ذمة الموكل . وقد سموها « حقوق العقد » .

وهذه الحقوق تكون دائماً للمتعاقد ، بصرف النظر عن صاحب الحق الحقيقي ، حتى أن صاحب الحق ، لا يستطيع حرمان المتعاقد منها ، فلا يستطيع مثلا الموكل ، بعزله للوكيل ، أن يمنع من المطالبة بالثمن . وعلى العكس ، يستطيع الوكيل ، أن يمنح موكله توكيلا ، بدوره ، يستطيع الموكل بمقتضاه ، أن يطالب بحقه هو .

١٩٣ — فالنيابة إذا تامة ، إذا كان النائب قد عمل باسم رب المال ،

وهي ناقصة ، إذا عمل النائب باسمه الخاص .
ويلزمنا الآن دراسة شروط النيابة ، ثم آثارها .

١٩٤ - (أولاً) الشروط - لا محل للكلام عن النيابة ، إلا إذا كان الشخص النائب ، له ارادة خاصة . أما إذا كان يعبر فقط عن ارادة غيره ، كالرسول ، فيكون المتعاقد ، هو المرسل ، لا الرسول .

ويلاحظ أن النائب قد يكون ناقص الأهلية ، ولكن ، إذا كان ناقص الأهلية قد عمل باسمه خاصة ، فإن حقوق العقد ترجع إلى المنوب عنه ، وعلى ذلك يكون تدخل القاصر ، قد جعل النيابة هنا أيضاً تامة . ولذلك ، يستطيع ، من تعاقد مع القاصر ، فسخ العقد ، إذا كان يجهل أنه قاصر ، لأن حقه لا يكون في الذمة ، التي اختارها ، بل في غيرها .

ويشترط ، أن يكون هناك ، نية النيابة عن الغير . وهي ظاهرة ، إذا كان الوكيل ، قد عمل باسم الموكل . وإن كان قد عمل باسمه خاصة ، فإن النيابة تكون ناقصة ، ولو كانت نية النيابة متوفرة . ونية العمل لمصلحة رب المال ، هي أيضاً شرط في حالة الفضولي .

ويشترط أخيراً ، أن يكون النائب مفوضاً للنيابة عن الغير . وهذا التفويض يناله النائب ، تارة من المنوب عنه ، كما في حالة الوكالة ، وطوراً من الشرع نفسه ، أو من القاضي ، كما في حالة الأب والوصي وهما ينوبان عن الصغير .

ويلاحظ أنه في النيابة التعاقدية ، يشترط في العزل ، أن يصل إلى علم النائب . فإذا ما صدرت من النائب ، عقود ، قبل حصول هذا العلم ، فإن هذه العقود تعتبر نافذة . ويلاحظ أخيراً ، أن العزل لا يصح ، إذا كان يؤثر في حقوق الغير .

١٩٥ — تجاوز حدود التفويض — متى تجاوز الوكيل حدود التفويض، أصبح فضولياً . وتكون عقوده موقوفة على الاجازة . على أن للاجازة أثراً رجعياً ، وتعتبر ، في الواقع ، وكالة لاحقة .

ويشترط لصحة الاجازة : (١) أن يكون المنوب عنه موجوداً وقت العقد . (٢) أن يكون المتعاقدان موجودين وقت الاجازة . (٣) أن يكون موضوع العقد لا يزال موجوداً وقت الاجازة .

١٩٦ — (ثانياً) آثار النيابة — (١) بالنسبة للمنوب عنه — قد رأينا أن المنوب عنه ، يصبح هو المالك في جميع الأحوال . وهو الملزم ، وهو الملزم له ، اذا كان النائب قد عمل باسمه . فجميع نتائج العقد ، تقع إذاً ، في ثروته .

وإذا كان النائب فضولياً ، تقع كذلك نتائج العقد ، في ثروة المنوب عنه ، في حالة الاجازة ، من يوم صدور العقد . ولكن يلاحظ ، أنه إذا كان العقد ، عقد معاوضة ، فإن الملكية فقط تقع في ثروة رب المال ، أما باقي الحقوق والالتزامات فتبقى للفضولي ، لأنه قد عمل باسمه خاصة ، وقد انقلب وكيلاً بالاجازة .

١٩٧ — (٢) بالنسبة للنائب . — إذا عمل النائب باسم المنوب عنه ، فلا مسؤولية عليه ، من جراء العقد . وهو لاحق له ، قبل الغير المتعاقد معه ، كما أن ذلك الغير ، لا يستطيع مطالبة هو ، بتنفيذ العقد . وقد رأينا أن الحال تختلف ، إذا كان النائب ، قد عمل باسمه خاصة . فإن المسؤولية تقع في هذه الحالة على عاتقه ، وهو الذي يطالب الغير بتنفيذ العقد .

ولكن هناك إستثنائين : —

(١) إذا كان الفضولى ، قد اشترى لرب المال . فإن الشيء المشتري ، يدخل فى ملك الفضولى ، لا فى ملك رب المال . ولا تفيد بعد ذلك ، اجازة رب المال ، ما لم يحصل بيع جديد ، من الفضولى لرب المال . وعلى ذلك ، إذا لم يصرح الفضولى عند الشراء ، أنه يعمل لغيره ، فإن الشيء يبقى فى ملكه هو .

(٢) ان الوكيل بالاقتراض ، يكون دائماً مسؤولاً شخصياً ، قبل المقرض ، ولو كان هذا الوكيل ، قد عمل باسم المنوب عنه . فالنيابة هنا ، تكون غير مقبولة .

ويلاحظ أخيراً أنه فى عقود المعاوضة ، لا تنتقل الالتزامات ، التى تقع على عاتق النائب ، إلى ذمة المنوب عنه ، ولو مات النائب . وفى هذه الحالة الأخيرة ، يسأل وصى الميت ، عن هذه الالتزامات ، وان لم يكن هناك وصى ترجع إلى الموكل .

١٩٨ - (٣) بالنسبة للغير المتعافى مع النائب - لا يكون للغير علاقة مع النائب ، إذا كان النائب ، قد عمل باسم المنوب عنه . وعلى العكس ليس للغير ، علاقة إلا مع النائب ، اذا كان هذا النائب ، قد عمل باسمه خاصة . وفى هذه الحالة الأخيرة ، يرجع النائب على المنوب عنه ، ليسوى حسابه معه . وللنائب ، حق حبس ما اشتراه للمنوب عنه ، لضمان حقوقه قبله ، ولو لم يكن قد دفع هو ثمن الشراء بعد .

١٩٩ - تعافى الشخص مع نفسه - ومع التسليم بمبدأ النيابة إلى أقصى ، حدوده فإنه لا يقبل . أن ينوب الشخص عن الطرفين ، فى نفس الوقت . ذلك أن تعدد العاقد ، شرط من شروط انعقاد العقد . فالعقد يطل اذاً ، اذا صدر من وكيل عن الطرفين جميعاً .

ولكن هناك استثناء، لصالح الأب، ووصيه، ووصى القاضى .
أما الرسول ، فهو ليس بنائب ، ولذلك يستطيع هو أن يقوم برسالته ،
عن الطرفين جميعاً .

(٦) انحلال العقد

٢٠٠ — ينحل العقد ، بموت أحد المتعاقدين ، فى الاجارة ، والمضاربة ،
والوكالة ، والشركة ، والمزارعة ، والمساواة .

وينقضى كذلك ، إذا اتفق المتعاقدان ، على فسخه ، أو إذا دعا سبب
إلى فسخه . وسنتكلم هنا ، عن الفسخ بترضى الطرفين ، أى « الاقالة » ، ثم عن
النظرية العامة لفسخ العقود .

٢٠١ — (أول) ارفاق — للطرفين أن يتفقا على انتهاء العقد ،
ويسمى الفسخ عندئذ « إقالة » . وقد توسع الفقهاء فى الكلام عنها .

٢٠٢ — آثار ارفاق فيما بين الطرفين — الاقالة ، هى عبارة عن
فسخ العقد ، الذى يربط المتعاقدين ، كما قلنا . والفقهاء يقولون أنها لا تعتبر
لذلك اتفاقاً جديداً . فملكية المبيع ، لا تنتقل من جديد إلى البائع ، بل يعتبر
المبيع كما أنه لم يخرج أبداً ، من ملك البائع . وهم يقصدون بذلك ، فى الواقع ،
أن للاقالة أثراً رجعياً . وهم يشترطون ، وجود محل العقد عند الاقالة ،
ويشترطون فى الاقالة وحدة الزمان ، وتطابق الإيجاب والقبول . وهذا كله
يدل على أن الاقالة ، هى فى الواقع ، توافق ارادتين ، إلا أن له أثراً رجعياً ،
كالفسخ .

٢٠٣ — آثار اوقالة بالنسبة للغير — إلا أن هذا الأثر الرجعي قد يمس حقوق الغير . لذلك قرر الفقهاء أن الاقالة ، لا تعتبر بالنسبة للغير ، فسخاً بل هي بيع جديد . وعلى ذلك ، تعتبر الملكية بالنسبة للغير ، أنها انتقلت من جديد إلى البائع ، بالاقالة . ومع هذا ، فلا يفسد هذا البيع الجديد ، باقتران الشرط الفاسد ، كما هي القاعدة العامة .

وتسرى على الاقالة جميع ما شرط في العقود من الشروط ، لحماية الغير ، أو النظام العام . والنظام العام ، أو الشرع ، كما يقولون بهذه المناسبة هو من الغير . من ذلك ، أن الاقالة ، التي تصدر من المريض في مرض موته ، يجب أن تخرج من الثلث . ومن ذلك أيضاً ، أن الاقالة من الرهن ، لا تصح إلا اذا أعيد الشيء المرهون ، إلى الراهن . وكذلك في الصرف ، يشترط إعادة النقود حالا .

٢٠٤ — (ثانياً) الفسخ — هل يجوز لأحد العاقدين ، فسخ العقد ، اذا لم يوف العاقد الآخر بالتزامه ؟ .

اذا كان الالتزام الذي لم يوف به ، هو التزام بعمل شيء ، لا يمكن اجبار الملتزم على العمل بالقوة المادية ، وعلى ذلك يسقط التزامه ، ويسقط معه العقد . وكذلك التزام البائع بتسليم العين ، فاذا هلكت العين قبل تسليمها ، يسقط التزام المشتري المقابل ، وهو الالتزام بدفع الثمن .

ويمكن القول اذاً ، أن استحالة تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين — سواء كانت هذه الاستحالة ، ناشئة عن فعل الملتزم ، أم لا — تؤدي إلى فسخ العقد . ذلك أن الالتزام المقابل ، يصبح بلا سبب . وعلى هذا يمكن القول أيضاً ، أن هلاك الشيء ، يقع في جميع الأحوال دون استثناء ، على

عاقب الملتزم ، كما إذا لم يستطع المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، فإن التزامه بدفع الأجرة يسقط .

٢٠٥ — وإذا كان الالتزام ، الذي لم يوف به ، قد نص عليه صراحة في العقد ، كشرط صحيح من شروطه ، فإن عدم الوفاء به ، يؤدي كذلك إلى الفسخ . من ذلك ، أن المشتري ، إذا تعهد بأن يعطى البائع رهناً بالثمن ، ولم يعطه هذا الرهن ، فإن عقد البيع يفسخ .

• وهذا الحكم صحيح ، في أحوال ، الشرط فيها ليس صريحاً ، بل هو ضمني كما إذا وجد المشتري بالعين المبيعة عيباً . فهم قالوا ، أن سلامة المبيع من العيوب ، شرط ضمني في عقد البيع . وكذلك في الإجارة . وقد اعتبروا استحقاق المبيع كذلك عيباً . وفي جميع هذه الأحوال ، أجازوا الفسخ . ونلاحظ هنا ، أن نظرية العيب في المبيع ، في الفقه الإسلامي ، أوسع منها في القوانين الحديثة . فهي تشمل كل عيب سابق على التسليم ، والمقصود «بالعيب» فيها ، بكل ما من شأنه ، الخط من قيمة الشيء ، أو تفويت غرض من أغراضه . (وقارن في التشريع الألماني ، (سالي) ص ٣٢١ وما بعدها) . ويفسخ العقد أيضاً إذا تجزأ الشيء ، أو تغير شكله ، قبل التسليم ، وكذلك إذا وجد المشتري نقصاً في المقادير .

٢٠٦ — وقد يفسخ العقد أيضاً ، كما رأينا ، إذا شاب الرضا بعض العيوب كالغبن التدليسي ، والخطأ . وللمشتري ، الذي لم ير المبيع حق الفسخ أيضاً ، وقد يمكن القول ، أن المفروض ، أن الغلط كثير الاحتمال . عند عدم الرؤية . وقد يرجع إلى فكرة تعيب الرضا كذلك ، حق المشتري في الفسخ . إذا حصل الشراء ، وفقاً لوزن غير مقدر ، ثم حصل التحقق ، من قدر هذا الوزن .

٢٠٧ — وأما إذا كان الالتزام ، الذي لم يوف به ، هو التزام نقدي ، أو ما في حكمه ، فإن عدم الوفاء ، لا يؤدي إلى فسخ العقد ، لأن التنفيذ العيني ، يكون دائماً ممكناً ، في هذه الأحوال . ولكن إذا وجد شرط فاسخ صريح في العقد ، فإنه يجوز فسخه ، حتى في هذه الحالة . من ذلك ، إذا شرط على المشتري ، أن يدفع الثمن . في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً ، ولم يدفع المشتري الثمن في الأجل ، فإن للبائع أن يفسخ العقد .

٢٠٨ - طبيعة الفسخ — في جميع الأحوال ، التي يعتبر الفسخ فيها . جزءاً مخالفة شرط صريح ، أو ضمني ، في العقد ، وكذلك في الأحوال ، التي يكون فيها ، جزء وقوع عيب من عيوب الرضا ، لا يفسخ العقد من تلقاء نفسه . ويطلقون على حق الفسخ في هذه الأحوال ، لفظ «الخيار» . أما الفسخ لانعدام السبب ، فهو في الواقع ، حالة من أحوال البطلان .

وعلى ذلك ، يمكن القول ، أن الفسخ بالمعنى الصحيح ، لا يكون إلا في الأحوال ، التي يصيب فيها رضا العاقد ، عيب . أو يختل هذا الرضا ، لعدم تحقق الشرط ، الذي نظر إليه عند التعاقد .

ويلاحظ ، أنه لا يشترط ، أن يحكم القاضي بالفسخ ، ما لم يكن الفسخ ، بسبب عيب في المبيع ، وكان هذا المبيع قد قبضه المشتري .

على أن علم الطرف الآخر بالفسخ ، مشروط دائماً .

ونقول أخيراً ، إن حق الفسخ يسقط ، إذا هلك الشيء ، أو تغير شكله ، بعد قبض المشتري له .

٢٠٩ — آثار الفسخ فيما بين الطرفين — العقد يعتبر قائماً ، إلى

حين الفسخ ، وهو لذلك ينتج جميع آثاره ، فتنقل ، مثلاً ، ملكية المبيع إلى المشتري .

ويلاحظ ، أن للطرفين دائماً أن يحيزا العقد صراحة ، قبل الفسخ .
فيمتنع الفسخ بعد هذا . وقد تكون الاجازة ضمنية . ولا مراء ، في أن
الفسخ حق فقط للتضرر من المتعاقدين ، دون المتعاقد الآخر .
اما بعد الفسخ ، فالعقد ينعدم ، ويعتبر كأنه لم يكن ، فللفسخ اذاً أثر
رجعى ، وعلى ذلك ، لا يمكن طلب الشفعة عند الفسخ .

٢١٠ — آثار الفسخ بالنسبة للغير — ان التصرف في العين
للغير ، يطهرها من حق الفسخ ، فلا يستطيع المشتري ، بعد التصرف ، أن
يفسخ العقد ، ولو كان قد تصرف فيها ، دون أن يعلم بما يشوب عقده .

ملحق — الارادة المنفردة

٢١١ — في الأصل ، لا يتولد عن الارادة المنفردة ، التزام . ولكن
الفقهاء يقولون ، في بعض الأحوال ، أن العقد ينعقد ، لمجرد الايجاب ، وقبل
قبول الملتزم له .

على انا نلاحظ ، أن هذه الأحوال لا تتعدى في الواقع ، العقود التبرعية
التي يكون فيها قبول المتبرع له مفروضاً . وهذه الأحوال هي الوصية (في
رأى (زفر)) ، والهبة ، والقرض ، والعارية ، والكفالة ، في رواية
(لأبي يوسف) . وإذا ما أبدى الملتزم له ، صراحة ، رفضه للعقد ، سقط
العقد في جميع هذه الأحوال .

٢١٢ — فمن المسلم به ، بوجه عام ، أن الشخص ، لا يمكن أن يصبح ملتزماً له ، رغم ارادته . فالإيجاب وحده ، لا يقيد الموجب ، وللموجب كما قلنا ، أن يرجع دائماً عن إيجابه ، قبل القبول .

وهذه القاعدة مطردة ، ولم يرد عليها استثناء ، إلا في مسائل الأحوال الشخصية ، والوقف ، والنذور .

ولذلك نجد الفقهاء قد اختلفوا كثيراً في صحة الكفالة التي تصدر من الورثة ، عن مورثهم ، في غيبة الدائنين .

٢١٣ — وقد بحث الفقهاء ، في مسألة المكافأة التي تمنح ، لمن يعثر على الشيء الضائع . وقد قالوا ، أنه لا ينعقد العقد في هذه الحالة ، لأن الدعوة موجهة ، لا لشخص معين ، بل للكافة . صحيح ، أن لمن يعثر على الشيء المفقود ، أن يطالب مع ذلك المالك بمكافأة ، إلا أن مطالبة لا يكون أساسها العقد . ودليل ذلك أن موضوعها لا يكون ما عرضه المالك ، بل أجر المثل . وأنها لا تستحق ، إلا إذا وجد الشيء الضائع بالفعل ، لا لمجرد المجهود .

٢ — الفعل الضار او نظرية الجريمة المدنية

٢١٤ — لا يتولد الالتزام عن العقد فحسب . فقد يتولد الالتزام فيما بين شخصين دون أن يكون هناك توافق بين إرادتهما . من ذلك إذا ارتكب أحدهما فعلاً ضاراً ، فإن هذه الواقعة قد تولد في ذمته التزاماً ، بتعويض ما وقع من الضرر . فيعود بذلك ما كان قد اختلف من التوازن فيما بين هذين الشخصين .

٢١٥ — فالجريمة إذاً هي كل فعل يسبب للغير ضرراً. ولما كانت النزعة المادية مهيمنة على الفقه الاسلامي، فإنه لم ينظر فيه إلى خطأ من ارتكب هذا الفعل، بقدر ما نظر إلى الضرر، وإلى وجوب تعويضه. وقد يكون من الأصح فيه أن يعبر، كما فعل الفقهاء أنفسهم، بلفظ «الضمان» في مقام الكلام عن المسؤولية. وفي الواقع قد قام في فرنسا نفسها (SAINCTELETTE) من ينادى بوجوب اعتبار أساس المسؤولية المدنية فكرة الضمان (garantie) بالمعنى الحرفي لهذا اللفظ. ذلك أنه إذا استبعدت فكرة الخطأ، لم يبق سوى تقرير الكيفية التي بها يوزع ضمان الهلاك، في مختلف الأحوال.

ولا نعتقد أنه يمكن التفرقة في الفقه الاسلامي بين المسؤولية التعاقدية، والمسؤولية غير التعاقدية، ولو أنه في الظاهر نجد نصوصاً كثيرة: تقابل ما بين «ضمان العقد»، و«ضمان الاتلاف».

ولذلك سنواجه هنا دراسة جميع الوقائع التي يتسبب عنها الضرر، بصرف النظر عما إذا كان المجنى عليه والجاني مرتبطين أم لا برابطة العقد.

(١) الفعل الضار

٢١٦ — يمكن جسر جميع حالات الضرر في فصول ثلاثة :

(١) العمل غير المشروع .

(٢) الحالة الاجرامية .

(٣) حالة تحمل التبعة .

٢١٧ — (اولاً) العمل غير المشروع — يعتبر الفعل غير مشروع،

إذا كان «غير مأذون» فيه، كما يقولون، أي لا يبيحه الشرع أو العقد.

ولا يهم بعد ذلك ، إذا كان ارتكاب هذا الفعل ، راجعاً إلى خطأ الفاعل أم لا ، فما دام الفعل قد وقع ، تترتب عليه المسؤولية حتماً . مثال ذلك ، أن من يتلف مال غيره يعتبر مسؤولاً ، ولو كان يظن أن المال ماله . وان من استعمل اللباس المستعار استعمالاً لم يصرح به في العقد ، يكون مسؤولاً . ولا يبحث عما إذا كان الفاعل مقصراً أم لا ، فالنصوص لا تتكلم إلا عن « فعله ، أو عمله ، أو صنعه » .

أما العنصر الذاتي وهو « الخطأ » ، فقد تكلموا عنه بمناسبة القتل ، ولكن المقصود من كلامهم هناك ، البحث عن توفر نية الاضرار . ومن المعلوم أن الخطأ قد يوجد رغم انتفاء هذه النية .

وقد تذكر النصوص في بعض الأحوال « التقصير » و « التعدي » . على أن هذين اللفظين في الواقع لا يفيدان أكثر من أن الفعل غير مشروع . فقد لا تظهر مشروعية الفعل صراحة من نصوص العقد أو الشرع ، فيلجأ إلى العرف لتعيين حد المشروعية . ويعتبر تقصيراً مادون هذا الحد ، وتعدياً ما تجاوزه . وأمثلة ذلك ، من استأجر دابة فاستعمل لقيادتها أغنة ، لا تستعمل في العادة ، أو استعملها بغير الكيفية المعتادة . ومن أجل ذلك قالوا ، أن القبان لا يسأل إذا كان خلل ميزانه من الخلل الشائع ، وأن المعلم الذي يضرب بأمر الوالد لا يسأل إلا إذا تجاوز ضربه حد التأديب المعروف .

٢١٨ — ومع ذلك ، فإن فكرة الخطأ أو العنصر الذاتي في تقدير المسؤولية ، قد تبرز أحياناً . من ذلك أنهم اشترطوا في عقدي العارية والوديعة ، أن يحفظ الوديعة والمستعير الشيء كحفظه لمال نفسه .

وقالوا أن الصانع يعتبر مسؤولاً ، إذا كان الشيء قد هلك لعدم تحرره ، ولو لم يكن هناك تعد أي فعل غير مشروع . ذلك أنهم يطلبون منه أيضاً

كما تقول النصوص ، « حذاقة ، و « مهارة » .

٢١٩ — (ثانيا) الحالة الإجرامية — إذا وجد الفعل غير المشروع ، ووجد معه الضرر ، دون أن تربط بين الفعل والضرر رابطة سببية ، فلا يسأل الفاعل عن هذا الفعل ، إلا إذا كان في « حالة إجرامية » .

والحالة التي ظهرت فيها هذه الفكرة ، هي حالة غضب المنقول ، إذ يعتبر فيها المعتصب في حالة إجرامية ، ولا يهم ما إذا كان يعلم أم لا أنه غير مالك .

ويلاحظ أن الفعل غير المشروع هنا ، لا يولد بذاته الالتزام بالتعويض . فالمعتصب ليس مكلفا في الأصل ، إلا برد العين المعتصبة . ولكن هي الحالة الإجرامية التي تجعله مسؤولا عن هلاك الشيء « سواء هلك بفعله أو بغير فعله » . من ذلك أنه إذا استخدم شخص عبد غيره ، أو دابة غيره ، بدون إذنه ، فتوفي العبد أو هلكت الدابة هلاكا طبيعياً ، يعتبر هذا الشخص مسؤولاً عن قيمة العبد أو الدابة .

٢٢٠ — والفعل غير المشروع ، قد يكون هنا عبارة عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد . فإذا أخل أحد المتعاقدين ، بشرط من شروط العقد ، وقع في الحالة الإجرامية ، ويعتبر لذلك مسؤولاً عن هلاك الشيء ، ولو لم يرجع الهلاك إلى فعله .

مثال ذلك ، إذا استؤجرت الدابة لركوب شخص واحد فركبها إثنان ، تقع المسؤولية ، ولو هلكت الدابة هلاكا طبيعياً .

ويلاحظ أنه إذا وقعت المخالفة ، لا يجدى بعد ذلك معالجة هذه المخالفة ، فلا تزول الحالة الإجرامية ، ولو عاد الملتزم إلى « الوفاق » ، كما يقولون . ومثال ذلك ، ما إذا ذهب المستأجر بالدابة إلى أبعد مما نص عليه العقد ، ثم

عاد بها سليمة إلى المكان المعين ، ثم هلك ، فهلاكها عليه . وهذه القاعدة مطردة ، إلا في حالة الوديعة .

٢٢١ - (ثالثاً) تحمل التبعة - ليس الفعل هنا غير مشروع ، ومع ذلك يعتبر الفاعل مسؤولاً . كما إذا قبض شخص ملك غيره ، فقد يكون القبض بموجب سبب صحيح ، ويسأل مع ذلك القابض عن الهلاك . أمثلة ذلك ، من استعار أو استودع الشيء المقتصوب ؛ ومن استودع المال المودع عند آخر ؛ ومن اشترى عيناً من اشتراها بعقد فاسد بسبب الإكراه ؛ ومن اشترى العين المودعة عند آخر .

ويلاحظ في هذه الأحوال جميعها ، أن من يحوز الشيء لم يرتكب عملاً غير مشروع ، إلا أن من تلقى عنه الحق قد ارتكب هذا الفعل ، فتأثير حيازته من ذلك . ولنفس هذه الفكرة نجد أن من ركب مع من استأجر الدابة ليركبها وحده ، يعتبر مسؤولاً مع المستأجر ، إذا هلك الدابة .

٢٢٢ - على أنه قد لا يكون هناك فعل غير مشروع إطلاقاً ، ويتحمل القابض مع ذلك تبعة الهلاك . أمثلة ذلك ، من وهبت له حصة مشاعة في مال قابل للقسمة ؛ ومن اشترى بعقد باطل ؛ ومن قبض على سوم الشراء . ويلاحظ هنا أن مسؤولية هذا الأخير لا تتعدى مقدار ما سمي من الثمن . وكذلك الدائن المرتهن يسأل عن هلاك الرهن بقدر دينه .

ويظهر أن تحمل التبعة في جميع هذه الأحوال ، يرجع إلى أن القابض قد قبض لمصلحة نفسه ، فمن العدل أن يتحمل الغرم .

٢٢٣ - ويلاحظ أنه في حالة ما إذا كان فعل من تلقى القابض الأخير حقه منه ، غير مشروع ، يرجع القابض عليه ، إلا في حالة العارية .

هذا الرجوع قد بنوه على فكرة الغرور، أو فعل التضليل.

٢٢٤ — ويلاحظ أخيراً أن قبض المستودع، والمستعير، والوكيل لا يولد تبعه. ففي هذه الأحوال، يربط المالك بالقابض عقد، وتنشأ المسؤولية فقط عند عدم تنفيذ العقد.

(٢) شروط المسؤولية

٢٢٥ — (أولاً) معرفة السبب بين الفعل والضرر — إن هذا الشرط خاص. كما يظهر مما قدمنا، بحالة المسؤولية الناشئة مباشرة عن الفعل غير المشروع. وقد تعمق الفقهاء في بحث رابطة السببية هذه، وفرقوا بين السبب المباشر والسبب البعيد للضرر، فقالوا أنه إذا كان السبب غير مباشر، لا يعتبر المتسبب مسؤولاً إلا إذا كان هناك تعدد. ونرى الاستغناء عن هذه التفرقة، ففي الواقع، كما رأينا، يكون الفعل دائماً غير مشروع، بالمعنى الذي بيناه. ولا تفيد هذه التفرقة، حتى لا عفا من ارتكب السبب البعيد، إذا كان مرتكب السبب القريب شخصاً ثالثاً. وذلك لأن الإعفاء هنا راجع في الواقع إلى قاعدة، أن الضرر يجب أن يصيب الشيء مادياً، وأن يكون سببه فعلاً مادياً.

٢٢٦ — ومن تطبيقات هذه القاعدة، أن الشخص الذي يفتح القفص فيطير العصفور لا يسأل عن فقدان هذا العصفور؛ وكذلك لا يسأل الشخص الذي يحل قيد العبد فيهرب العبد؛ ولا يسأل أخيراً الشخص الذي حرّض الكلب على العض.

ولكن هذه القاعدة ليست مطردة . فقد قالوا أن من حفر بئراً في شارع
عمومى يسأل ، لو وقع في البئر أحد المارين ؛ وكذلك يسأل من أتلف مال
غيره بواسطة شخص آخر ، أكرهه على هذا العمل .

٢٢٧ — القوة القاهرة والحادث الفمائي — إذا لم يكن الضرر نتيجة
فعل الشخص ، كأن يكون راجعاً إلى قوة القاهرة ، كأمر السلطان ، أو يكون
فعل الطبيعة أو فعل الحيوان ، فلا مسؤولية . ذلك أن الانسان يسأل عن
فعله ، ولا يسأل إلا عن فعله .

فاذا كان الضرر نتيجة فعل المجنى عليه ، لا مسؤولية أيضاً ، كما لو سلم
شخص الى آخر نقوداً في حرز غير متين ، فان المستودع لا يكون مسؤولاً .
وفي حالة الاكراه التام ، يعتبر الشخص المكره أداة ارتكاب الجريمة ،
فلا يعتبر مسؤولاً . وكذلك الحال إذا كان الضرر قد تسبب عن حادث
لا يمكن مقاومته ، وخارج عن إرادة الانسان ، كالحريق الغالب والغرق .
ونلاحظ هنا ، أنه في الحالة الاجرامية ، وفي حالة تحمل التبعة ، يسأل
الانسان ، ولو كان الفعل قد ارتكبه شخص ثالث ، أو كان فعل الطبيعة ،
كموت العبد .

٢٢٨ — الاهلية في المسؤولية المدنية — ان فعل عديم الاهلية .
لا يمكن اعتباره إلا فعله ، وتترتب عليه مسؤولية كفعل تام الاهلية . ذلك
أنه لما كان العنصر الذاتي لا يدخل في تقدير المسؤولية ، فلا يقوم حائل
دون اعتبار القاصر والمجنون مسؤولين عن فعلهما .

ولكن إذا كان هلاك الشيء قد وقع ، مع ارتباط الطرفين بعقد وديعة
أو قرض ، فلا يكون عديم الاهلية مسؤولاً . ذلك أنه يعتبر هنا مأذونا من

المالك في الاتلاف ، ومن المبادئ المسلم بها ، أن الاتلاف مع الأذن لا يولد مسؤولية .

٢٢٩ - (ثانياً) الضرر - قلنا أنه قد نظر في الفقه الاسلامي إلى المسؤولية المدنية من ناحية الضرر . وهي قد وردت ببعض كتب الفقه في باب سموه « الاتلاف » .

فالضرر هو إذا عبارة عن اتلاف جزئي أو كلي ، لشيء مادي . والمقصود بالاتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلاً أو بعضاً . ولا مرأى في أن الشيء إذا لم يكن مالا شرعاً ، فلا يولد اتلافه مسؤولية .

٢٣٠ - وكذلك لا يعتبر أن هناك ضرراً ، إذا كان المتلف من الأشياء غير المادية ، كحق الشفعة ، وحق الانتفاع بالثمار . وإذا استخدم شخص عبد غيره مدة من الزمان ، لا يرجع المالك عليه بتعويض ، عما فاته من خدمة العبد .

٢٣١ - ويشترط دائماً أن يكون الضرر متحققاً . فإذا كان قد قلع شخص لآخر سناً ، ثم نبتت مكانها سن أخرى ، لا يكون هناك ضرر . وكذلك إذا حكم القاضي ببيع شيء ، بناء على شهادة زور ، فلا يكون هناك ضرر ، إذا كان الشيء اعتبر مبيعاً بثمن مثله

وقد قالوا أن الضرب الذي لا يترك أثراً لا يولد التزاماً ، ولا يعتبر الألم ضرراً إلا إذا استلزم علاجاً .

٢٣٢ - وعلى ذلك لا يعتبر ، من باب أولى ، الضرر الأدبي ضرراً . فإذا شتم شخص ، لا يكون له حق في طلب تعويض من الشاتم ، ولا يسأل الطاعن إلا إذا كان طعنه لدى السلطات قد أدى إلى تغريم المطعون في حقه .

٢٣٣ - (ثانيا) التعويض - التعويض يقصد به إزالة ما أصاب توازن الثروة بين الطرفين ، من الخلل . فيلزم الجاني بأن يعيد إلى المجنى عليه ما افقده .

وعلى ذلك يكون على الفاعل أن يؤدي إلى المجنى عليه قيمة الشيء الذي اتلفه بالتام ، وإذا كان الشيء مثليا يلزم بدفع أشياء مماثلة .

ويلاحظ أن تقدير قيمة الشيء التالف يتم على أساس مادي ، فلا يعوض على المجنى عليه جميع ما يترتب على الهلاك من الضرر ، بل ما يساويه فقط الشيء الهالك ، في يوم الجريمة .

٢٣٤ - وإذا كان الضرر قد نشأ عن مخالفة جزئية لالتزام تعاقدى ، فلا يلزم المخالف بالتعويض ، إلا بقدر هذه المخالفة . كما لو ركب شخص مع مستأجر الدابة ، والمستأجر لا يسأل إلا عن نصف قيمة الدابة ، عند هلاكها .

وعلى العكس نجد الشخص في بعض الأحوال ، يسأل عن النتائج البعيدة لعمله . من ذلك أنهم قالوا أن المودع يستطيع أن يثبت ، أن ما كان يحويه الخزانة المودعة من المال ، يزيد على ما كان ظاهرا .

ولكن وردت حالة أخرى تفيد أن المستودع ، إذا قصر في حراسة الخزانة المودعة ، فسرق البرذعة ، فأصاب الخزانة برد ، فهلك ، لا يسأل المودع إلا عن فقد البرذعة ، ولا يسأل عن هلاك الخزانة .

٢٣٥ - ونلاحظ هنا قاعدة هامة ، وهي ان دفع التعويض يؤدي دائما إلى انتقال ملكية الشيء الهالك إلى ذمة الدافع . فيعتبر الشيء الهالك أنه كان مملوكا لمن اتلفه من يوم الجريمة . وقد ذهب البعض إلى أن انتقال الملك

يتم عند المطالبة ، وذهب البعض إلى أن ذلك يحصل عند الدفع . وعلى كل ، فلا تنقل الملكية أثر رجعي إلى يوم الجريمة . ويعتبر المبلغ المدفوع كتعويض ، بمثابة الثمن في البيع .

وقد قضت بهذه القاعدة ، فكرة أن الشيء وثمنه لا يصح اجتماعهما في ذمة واحدة . وقد طبقت هذه القاعدة بغير مرونة ، فأدت إلى أن السارق الذي يدفع قيمة الشيء المسروق ، لا توقع عليه العقوبة . وإلى أن المالك لا يستطيع استرداد المسروق بعد ظهوره ، إذا كان قد قبض التعويض .

٢٣٦ — وقد يحصل التعويض بطريق غير مباشر ، في حالة ارتكاب العبد للجريمة . إذ يستطيع المالك أن يدفعه للجنى عليه تعويضا عن الجريمة . ولكن إذا اتقلت ملكية العبد ، لا يسأل هذا المالك ، إلا عن تعويض تقدي .

(٣) أحوال خاصة للمسؤولية

٢٣٧ — (أولاً) — قد يسأل السيد عن فعل خادمه ، ويقول الفقهاء أن المفروض هنا أن الفعل هو فعل السيد ، لا فعل الخادم . وبعبارة أخرى ينسبون الفعل مباشرة إلى السيد . ويتخطون الخادم ، ما لم يكن الخادم قد ارتكب هو نفسه ، فعلا غير مشروع .

ويلاحظ أنه ليس للسيد أن يرجع على خادمه .

وكذلك الأب الذي أمر ابنه باشتعال النار ، فهو الذي يسأل ، إذا كانت النار قد اتصلت بملك الجار .

وبوجه عام يعتبر المكره ، مجرد آلة في يد المكره .

٢٣٨ — (ثانياً) — يقول الفقهاء أن فعل الحيوان «هدر»، أى لا يولد مسؤولية في الأصل، مالم يكن الضرر، هو في الواقع، من فعل قائد الحيوان أو حارسه.

وقد استرعى اهتمام الفقهاء كثيراً، حوادث الطريق. ومن الأحوال العديدة التي ذكروها، يمكن استنتاج أن ركوب الحيوان في الطريق العام يعتبر عملاً مشروعاً في ذاته. مادام حاصلًا بالصورة المعتادة. ولكن إذا وقع ضرر غير عادي، يفترض أن الراكب قد استعمل حقه بصورة غير مآذون فيها، فيسأل.

ثم إن الراكب ليس له الوقوف في الطريق وهو راكب. ويعتبر وقوفه هذا عملاً غير مشروع في ذاته، حتى إذا ما وقع حادث، سئل عنه.

٢٣٩ — (ثالثاً) — ويفترض أخيراً في مالك الحائط، أنه قد ارتكب فعلاً غير مشروع، إذا كان حائطه المتداعى إلى السقوط، قد سقط بعد التنبيه عليه. وكذلك إذا كان هذا الحائط من يوم بنائه متداعياً إلى السقوط، أو لم يكن كذلك، إنما شيد بارزاً على ملك الغير، وكذا البناء.

ويعتبر المالك في هذه الأحوال جميعها، مسؤولاً عن الحوادث التي قد تنشأ تبعاً لفعله غير المشروع.

٢٤٠ — اتفاقات المدة بضم الموحدة — لا يجوز الاتفاق على أن المستعير أو المستودع يكونان مسؤولين، ولو أن الهلاك قد حصل بغير فعلهما. وكذلك لا يمكن الاتفاق على أن الصانع يكون مسؤولاً حتى في حالة القوة القاهرة.

ومن ناحية أخرى، لا يصح الاتفاق على أن الدائن المرتهن لا يكون مسؤولاً عن هلاك الرهن. وكذلك لا يمكن إعفاء البائع من مسؤوليته عن الاستحقاق.

ولا يجوز أخيراً الاتفاق على تعويض يزيد على قيمة الشيء الحقيقية ،
تحرزاً من شبهة الربا . على أن المسألة خلافية .
وعلى ذلك ، يمكن القول أن قواعد المسؤولية هي على العموم ، قواعد
أمره . على أنهم قد قالوا ، بجواز الاتفاق على إعفاء المقتصب من المسؤولية ،
في حالة هلاك الشيء المقتصب بقوة قاهرة .

ملحق - إساءة استعمال الحق

٢٤١ - في الأصل « الجواز الشرعي ينافي الضمان » . فلا يمكن
اعتبار الفعل إذاً غير مشروع ، إذا كان هو مجرد استعمال لحق مقرر .
ويلاحظ من جهة أخرى ، أن حق الملكية يبيح استعمال الشيء كما يشاء مالكة .
وعلى ذلك يمكن القول أن المبادئ هنا فردية بحتة .

٢٤٢ - على أن هناك اتجاهات ، يظهر عند المتأخرين من الفقهاء ،
لتخفيف وطأة هذه الفردية . فهم يعتبرون الشخص مسؤولاً ، في أحوال
يكون قد استعمل مجرد حقه فيها ، إذا كان استعماله هذا قد تسبب عنه ضرر
فاحش . من ذلك أن المالك يكون مسؤولاً ، إذا كان الانتفاع بملكه ، قد
أدى إلى انهيار ملك الجار ، أو إلى حرمان هذا الجار من بعض المنافع
الأساسية للملك .

ومن جهة أخرى . نجدهم يقولون بمنع ما يتصاعد من الدخان ، أو
ما يخرج من الأصوات ، إذا كان الدخان أكثر من المعتاد ، والأصوات
المزعجة مستمرة . فالحد يعين إذاً بالرجوع إلى ما تعارفه الناس ، وما يتحملة
في العادة الجيران من المضار .

٣ - الفعل النافع

او نظرية الاثراء بلا سبب

٢٤٣ - الفعل الذى يولد الالتزام ، ليس هنا كما كان فى الباب السابق ، فعل الملتزم ، بل هو فعل الملتزم له . على أن الالتزام هنا كذلك ، ينشأ لاعادة التوازن المحتل . فنظرية الاثراء بلا سبب ، ترتكز هى أيضاً ، على فكرة التعادل .

وليس لهذه النظرية تطبيق شامل ، وسنجمع هنا جميع ما يدخل تحتها من الحالات ، فى ثلاثة فصول : (١) استرداد المدفوع بلا وجه حق . (٢) دعوى الاثراء على حساب الغير (٣) أعمال الفضولى .

(١) استرداد المدفوع بلا وجه حق

٢٤٤ - إذا اعتقد شخص أنه مدين لآخر ، فدفع له مبلغاً ، كان للدافع أن يسترد هذا المبلغ ، لأن المدفوع إليه قد أثرى على حسابه ، بلا سبب .

والنصوص صريحة ، إذا كان قد نشأ اعتقاد الدافع ، عن غلط .

وقد ورد كذلك ، أنه إذا دفع شخص إلى من ادعى الوكالة عن الدائن فله أن يسترد ما دفعه ، إذا اتضح كذب المدعى . وأن المدين إذا دفع إلى الكفيل ، قبل أن يدفع هذا الكفيل الدين إلى الدائن ، كان للمدين أن يسترد من الكفيل ما دفعه ، إذا اضطر إلى الدفع ثانية إلى الدائن .

(٢) دعوى الاثراء على حساب الغير

٢٤٥ — يجوز الرجوع على المالك ، إذا اقيم بناء ، أو غرست الأشجار في أرضه ، واختار المالك الإبقاء . وقد نصوا على هذا الحق صراحة في حالة المستأجر ، والمستعير ، وأيضاً المغتصب .

وكذلك الحال ، لو صبغ الصانع الشيء الذى فى يده .

٢٤٦ — ويقول الفقهاء فى تعليل حق الرجوع فى هذه الأحوال ، أنه لا يجوز للمالك أن يستولى على البناء والغراس دون مقابل . ويرتبون على ذلك التزاماً بدفع القيمة . ولا ينظرون إلى ما انفق بالفعل .

فموضوع الالتزام يكون إذاً ، قيمة الشيء الذى دخل فى ثروة المالك . ويكون التقدير على أساس أنه خام من الخامات ، ولذلك تقدر قيمة البناء مستحق الهدم ، وقيمة الغراس مستحق القلع .

٢٤٧ — الشرط الأول فى الاثراء على حساب الغير ، أن يكون قد دخل فى ذمة الذى أثرى ، شيء مادم . فإذا كان كل ما قد حصل ، مجرد الانتفاع بخدمة ، أو بشيء ، فلا إثراء . ويلاحظ هنا ، أنهم قد نصوا على استثنائين ، لمصلحة اليتيم ، وبيت المال .

والشرط الثانى ، أن يكون الاثراء قد حصل بلا سبب . فمن البديهي أنه قد تودى المماكسات ، إلى أن تثرى ذمة على حساب أخرى . ولكن فى هذه الأحوال يكون لهذا الاثراء سبب جائز .

٢٤٨ — على أن هناك أحوالاً لا يشترط فيها وقوع الاثراء بالفعل

بل يكفي فيها أن يكون قد أدى الفعل إلى إفقار الملتزم له . وهي الحالات التي أشرنا إليها عند كلامنا عن العقد الفاسد . والعقد كما قلنا باطل في هذه الأحوال ، فلا يعتبر سيباً . وإذا حصل تسليم الشيء للانتفاع ، أو قام العامل بالعمل المطلوب رغم هذا البطلان ، فإنه يتولد عن هذا العمل التزام ، ولا يشترط أن يكون قد عادت على الطرف الآخر منفعة بالفعل .

وأما ما يرجع به فيقدر على أساس مادي بحت . فيكون هو ريع عين بمائلة ، أو أجر شخص مماثل ، على أن لا يتجاوز أبداً ما سمي في العقد .

٢٤٩ — ويلاحظ أخيراً ، أن القاصر أو المحجور عليه على العموم ، قد يسأل عن إثارته على حساب الغير ، رغم بطلان العقد .

(٣) أعمال الفضولي

٢٥٠ — إذا عمل شخص لمصلحة آخر في غيابه فلا يكون له في الأصل ، كما يقول الفقهاء ، حق على هذا الآخر ، لا إثارته على حسابه . إذ المفروض ، كما يقولون ، أنه متبرع . من ذلك أن من دفع دين غيره بغير أمره ، لا يرجع على المدين . وقد نصوا على أن الدافع لا يرجع كذلك ، ولو كان مأموراً بالدفع ، إلا إذا كان الرجوع مشروطاً صراحة ، في الأحوال التي لم يكن يصح فيها جبر المدين على الدفع . ومن ذلك أيضاً أن الدائن المرتهن ، إذا قام بالصرف لحفظ الشيء المرهون ، وكذا المستأجر ، والمستعير ، لا يرجعون على المالك .

٢٥١ — على أنه إذا انتفت نية التبرع ، عاد الأمر إلى نظرية الإثراء بلا سبب ، وأمكن الرجوع . وتنفي هذه النية ، في الأحوال التي كان

الفضولى فيها مضطراً . من ذلك ، أن المعير ، إذا دفع دين المستعير ، ليفك رهن الشيء المعار ، يصح له الرجوع . وكذلك المشتري مع غيره ، إذا اضطر إلى دفع جميع الثمن ، ليتمكن من تسلم المبيع المحبوس عند البائع . ومن ذلك أيضاً ، أن للشريك فى حائط مشترك ، أن يرجع على شريكه بنصف قيمة الحائط ، إذا كان قد أعاد بناءه على نفقته الخاصة ؛ وكذلك صاحب العلو ، إذا كان قد أعاد بناء السفلى ؛ وكذلك كل شريك بوجه عام ، إذا اضطر للعمل فى مصلحة شريكه .

٢٥٢ — وفى جميع هذه الأحوال ، يكون تقدير ما يرجع به ، على أساس الاثراء الفعلى . وقد ذهب البعض ، إلى أن موضوع الرجوع يكون القيمة فى يوم الاثراء . وذهب البعض الآخر إلى أن القيمة المعتبرة هى القيمة فى يوم المطالبة القضائية .

وعلى كل ، لا ينظر إلى ما أنفقته الفضولى بالفعل ، الا إذا كان قد حصل على إذن القاضى قبل العمل . وهو فى هذه الحالة ينقلب فى الواقع وكيلاً .

٢٥٣ — ويلاحظ أن الشرع قد جاء بتقدير تحكمى فى حالة معينة . وهى حالة إرجاع العبد الآبق . فان من يأتى بالعبد الآبق من مسافة ثلاثة أيام فاكثر سيراً على الأقدام ، له أربعون درهماً . ولمن يأتى به من مسافة أقرب ، أقل من ذلك . على أن القدر المستحق لا يمكن أن يتجاوز قيمة العبد ناقصة درهماً .

ويلاحظ أن هذا القدر قد يسأل عنه الدائن المرتهن لا المالك . إذا كان العبد مرهوناً .

القسم الثالث : الفكرة الأساسية للالتزام

١ - الاصطلاحات اللفظية

٢٥٤ - يعبر الفقهاء عن معنى الالتزام بوجه عام بلفظ « الحق » ، ذلك أن لفظ الحق يشمل في الواقع جميع الحقوق المالية وغير المالية ، ويتناول من الحقوق المالية الحقوق العينية والحقوق الشخصية جميعاً .

على أن للفظ « الحق » معاني خاصة في بعض الأحيان . من ذلك أن الحقوق يقصد بها في بعض الأحوال مجرد حقوق الارتفاق التابعة للأعيان . وفي بعض الأحوال ما قد ينشأ عن العقد من الالتزامات ، كالالتزام بتسليم المبيع ، والالتزام بدفع الثمن ، فهي تسمى في الوكالة ، حقوق العقد .

وقد يستعمل لفظ « الحق » بمعنى الالتزام النقدي دون غيره ، كما في « اذكار الحقوق » (للطحاوي) .

أما الحق على أنه مكنة ، فيعبر عنه كذلك بلفظ « الولاية » .

٢٥٥ - وأما معنى الالتزام من ناحيته السالبة ، فيستعمل فيه بالأخص لفظ « الواجب » ، و « الوجوب » ، فيقولون مثلاً « من عليه الواجب » ، للتعبير عن الملزم .

ولكن هذا الاستعمال خاص بحالات الالتزام ، الذي يكون موضوعه عمل شئ . . على أننا قد عثرنا على هذا اللفظ بمعنى الدين ، فقد تكلموا بمناسبة حوالة الدين ، عن انتقال « الواجب » من ذمة إلى أخرى .

وقد جاء في (ابن عابدين) ، أن الواجب هو كل ما يتطلبه الشرع أو العرف .

٢٥٦ — على أن لفظ « الواجب » في الواقع ، لا ينم عن الرابطة التي هي جوهر الالتزام . وقد يستعمل في هذا المعنى ، لفظ « اللزوم » ، إلا أنه قاصر على الحالات التعاقدية ، ويفيد فقط عدم الرجوع .

وكذلك لفظ « الالتزام » ، لا يستعمله الفقهاء ، إلا في الأحوال التعاقدية ، وبالأخص في الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه ، حتى أنهم أطلقوا على أحوال الإرادة المنفردة ، اسم « الالتزامات » .

ففي الواقع ، لا يتناول هذا اللفظ في أوسع معانيه ، سوى أحوال الالتزامات الإرادية . ومن ذلك أنهم يقولون أن المستأجر « يلتزم » بحفظ الشيء . ومن هذا المعنى ما جاء في « تفسير » (الرازي) (ج ٣ ص ٣٤٩) من أن العقد هو « التزام » .

على أن لفظ « العقد » هو الذي يؤدي أكثر من غيره ، معنى الارتباط ، وما الارتباط إلا الانعقاد .

٢٥٧ — ويظهر مما تقدم أن الالتزامات الناشئة عن جريمة ، لم تدخل في مدلول لفظ من الألفاظ المذكورة . أما الفقهاء ، فقد عبروا عنها بلفظ « الضمانات » ، والضمان هنا بمعنى المسؤولية . ولذلك يرد هذا اللفظ أيضاً بمناسبة العقود .

وقد عثرنا على هذا اللفظ بمعنى أعم ، بحيث يتناول في الواقع جميع أحوال الالتزامات . سواء في ذلك الالتزامات النقدية وغيرها . من ذلك ما جاء في (الكاساني) (ج ٦ ص ١٤٢) : « ونعني بالمضمون أن يكون واجب التسليم » .

٢٥٨ — وفي الجملة ، فانه لم يرد لفظ جامع مانع للتعبير عن فكرة الالتزام ، لا من ناحيتها الموجبة ، ولا من ناحيتها السالبة ، ولا باعتبار الالتزام رابطة بين شخصين .

وقد قلنا أن النزعة المادية مهيمنة على نظر الفقهاء ، فيجدر بنا إذا تتبع فكرة الالتزام من خلال مادته أو موضوعه .

٢ — فكرة الالتزام

٢٥٩ — إذا كان الالتزام ، موضوعه مبلغ من النقود أو أشياء أخرى مثلية ، فهو يسمى « ديناً » . وللا التزام في هذه الحالة طابع خاص ، وعنى به الفقهاء عناية خاصة .

أما إذا كان موضوع الالتزام شيئاً قيمياً معيناً تعييناً تاماً ، فلا يسمى ديناً ، ولا يتكلم الفقهاء في هذه الحالة إلا عن « العين » . ونسبناه لذلك « عيناً » ، ويكون مقابلاً للالتزام الذي يكون « ديناً » . على أن الحق هنا ليس عينياً ، فالحق قد يكون شخصياً ، ولو أن موضوعه عين . ولكن لما كان من غير المقبول شرعاً في الأصل ، أن يكون الالتزام هنا مؤجلاً ، فقد فقد هذا النوع من الالتزامات الشيء الكثير من أهميته .

وعلى ذلك يمكن القول أن الالتزام سواء كان بالتملك ، أو بالتسليم ، أو بعمل شيء — يكون « ديناً » أو « عيناً » تبعاً لموضوعه .

على أن الالتزام بعمل شيء قد لا يقع على شيء خارج ، كخدمة الخادم ، ونسبناه « عملاً » . ويلاحظ أن العمل قد يقوم به أي شخص دون تعيين ، وقد لا يقوم به إلا شخص معين ، فيكون العمل هو المطلوب في

الحالة الأولى ، سواء أداها هذا أو ذاك . وقد يكون عمل شخص معين هو المطلوب ، فلا يرى قيام غيره به . وذلك ينطبق على الانتفاع بالأشياء ، فقد تؤدي منفعة الحمل أية دابة لا على التعيين . وقد لا تكون المنفعة المطلوبة إلا منفعة شيء معين . وفي الحالة الأولى دون الثانية يطلق على الالتزام عبارة « ما في الذمة » .

٢٦٠ — (أولاً) الدين — الدين في الأصل يعبر به عن الناحية السالبة للالتزام النقدي أو ما في حكمه . على أنه قد يستعمل لفظ الدين للتعبير عن ناحيته الموجبة كذلك . وفي كلا الحالين لا يستعمل هذا اللفظ ، إلا إذا كان موضوع الالتزام مبلغاً من النقود ، أو أشياء مثلية . على أننا قد عثرنا على لفظ الدين مستعملاً للتعبير عن التزام بتسليم شيء . وهذا التوسع يشعر بتطور كان محتملاً . وهو يشبه التطور الذي شوهد في الفقه الروماني ، إذ أصبح لفظا creditor و debtor فيه يتناولان جميع أحوال الالتزام . بعد أن كانا قاصرين على حالة الالتزام النقدي .

ففي الفقه الإسلامي ، لا يكون هناك دين ، إلا إذا كان موضوع الالتزام نقوداً ، أو دراهم ، أو دنانير ، أو فلساً ، أو موزونات ، أو مكيلات . أو مذكروعات ، أو معدودات . أما الثياب فقد قالوا أنها قد ترد كذلك موضوعاً لدين ، إذا كان الالتزام إلى أجل . وقد يكون الحيوان أيضاً محلاً لدين في حالة المهر فقط ، بشرط ألا يكون المطلوب تسليم حيوان معين بذاته .

٢٦١ — ومصادر الديون هي تارة العقد كالقرض والبيع والكفالة والصلح والنكاح . وطوراً الفعل الضار كما في دين التعويض . ولا يشترط في الدين أن يكون مؤجلاً ، فالقرض دائماً حال .

وقد عرف الفقهاء الدين بأنه « مال حكيم ، أي شيء معنوي يملكه الدائن

وهو موجود في ثروة المدين . ولكن لما كان محل هذا الالتزام هو دائماً أشياء غير معينة ، فإن وجودها لا يمكن أن يتحقق إلا بواسطة شخص المدين ، فهي « في ذمته » بالمعنى الاسلامي لهذا اللفظ . لذلك يحتاج في تحقيق هذا الحق إلى « فعله » . والتعريف الشائع عندهم للمدين يبين أنه في نفس الوقت عبارة عن « مطالبة » .

٢٦٢ — وقد ميز الفقهاء بين عنصرى الالتزام إذا كان ديناً ، فقد قالوا أن هناك الدين ، وهناك المطالبة . وورد ذلك بمناسبة الكفالة والحوالة والابراء ، وتأجيل الدين . فيقولون مثلاً أن الأجل لا يمنع إلا المطالبة ، كما أن الابراء لا يقضى إلا على المطالبة . على أنه ليس لهذه التفرقة فائدة عملية .

٢٦٣ — وفكرة الدين كما رأينا ، تتركز في الواقع ، على فكرة « الذمة » . ولهذا اللفظ الأخير في بعض الأحيان معنى واسع ، فيفيد الأهلية التي تكون للشخص لتحمل الحقوق . على أنه يظهر كذلك بمعنى أضيق ، فيفيد الوعاء الذي يعنى الديون ، حتى أن كثيراً ما نجد الذمة ترادف الالتزام النقدي في المعنى . وهذا الوعاء أو هذا الاستعداد للالتزام بالديون ، لا ينقضى إلا بوفاة الشخص ، فهو يصاحبه إلى حين وفاته . وعندئذ تكون تركته وحدها مسؤولة عن ديونه . أما في حال الحياة فذمة الشخص وثروته تكونان في الواقع شيئاً واحداً . (وانظر في الفقه العمل الورقة البردية رقم ٨٠٥٤ بمجموعة متحف برلين ص ٢٨ ويرجع تاريخها إلى سنة ١٩٥٨ هـ) .

٢٦٤ — (ثانياً) العين — إذا كان محل الالتزام عينا معينة في ذاتها ، كالعقار والحيوان والرقيق الخ ، يطلق على الالتزام لفظ « العين » ، سواء كان الملتزم مكلفاً بتسليمها أم بتملكها . ويلاحظ هنا أن الأشياء المثلثة قد

تتبعين بالاتفاق ، فيكون الالتزام . عينا . .
وفي الأصل لا يكون الالتزام العين مؤجلاً أبداً . ويظهر أن هذا
الحكم أثر من آثار الصعوبات التي صادفت نشوء فكرة الالتزام . فمن
المعروف أنه في الأزمنة الأولى ، لم يكن من المقبول ، أن يتولد عن العقد
التزامات مستقبلية ، فقد كان العقد دائماً واجب التنفيذ حالاً .

ويلاحظ مع ذلك أن هناك استثناء في الفقه الإسلامي ، ففي عقد
الاستصناع يستطيع الصانع أن يتعهد بتسليم الشيء المصنوع بعد انقضاء
أجل معين .

٢٦٥ — وقد ينشأ الالتزام هنا تارة عن عقد ، كاللزام تسليم المبيع
في البيع ، وكاللزام المستودع برد الوديعة ؛ وكالالتزامات التي تنشأ عن
العارية والمضاربة والإجارة والرهن . وقد نصوا على أن للكفيل أن
يكفل اللزام الأصلي بالحمل أو بالتسليم ، وأن للبائع أن يعطي رهناً تأميناً
لالتزامه بالتسليم .

وفي هذا النوع من الالتزامات . لا محل للكلام عن الذمة . ذلك أن
الشيء المطلوب هو دائماً هنا معين في ذاته . فإذا رفض الملتزم التسليم ، لن
يسأل عن ذلك في ثروته ، إذ قد رأينا أن عدم الوفاء بالالتزام بعمل شيء
لا يؤدي إلى حق في تعويض نقدي في الأصل .

٢٦٦ — (ثالثاً) العمل — تكاد النزعة المادية تحجب عنا هذا النوع
الثالث من الالتزامات . ذلك لأنه ينظر دائماً إلى الشيء الذي يصنع ، قبل النظر
إلى الصانع ، أو رب العمل . ويظهر أن ذلك أيضاً أثر من آثار عهد لم يكن
فيه للالتزامات موضوع سوى الأشياء المادية . فمن المعروف أن الالتزام
بعمل شيء قد تأخر في الظهور . وقد بقي لذلك أثر في الفقه الإسلامي .

وهذا الأثر أظهر ، عند ما يكون هذا الالتزام سلبياً ، أى عند ما يكون موضوعه ، الامتناع عن عمل لا القيام بعمل . فان الفقهاء لم يعرضوا إلى هذه الحالة إلا فى النادر . ومن ذلك ما قالوه ، من أنه ليس على المستودع أن يرد الشيء المودع ، بل فقط الا يمانع فى استرداده . ويظهر أن الامتناع يعوزه شيء من المادية التى تشترط فى محل الالتزام .

٣ - الحق العينى والحق الشخصى

٢٦٧ - وفى مقابلة هذه الصور جميعها ، نجد الحق العينى . ذلك أن الحق العينى ، خلافا لما هو عليه الحال فى تلك الصور ، لا يتضمن مطالبة شخص معين بشيء ما ، بل هو يرتكز مباشرة على العين . فهو « حق فى العين » أو « حق ثابت فى المال » .

ونستعرض هنا سراعاً مختلف الحقوق العينية المقررة فى التشريع الإسلامى ، كما يتسنى الوصول بمفهوم المخالفة ، وبعد ظهور مميزاتها ، إلى كنه الحق الشخصى أو الالتزام .

٢٦٨ - (أولاً) هى الملكية - لا يذكر الفقهاء فى تعريفهم « للملك » ، أنه حق على شيء . فهم ينظرون إليه على أنه ولاية أو مكنة . ولذلك يتناول هذا اللفظ فى الواقع حقوقاً متنوعة . فيقولون مثلاً: « ملك المنفعة » . على أن المنفعة عنصر من عناصر الملكية التامة ، وأهمها حق الاستعمال والاستغلال . وسنستعمل هنا لفظ الملكية للدلالة على الملكية التامة .

٢٦٩ (ثانياً) هى الارتقاع - عناصر الملكية هى كالملكية حقوق

عينة . وقد ينفصل حق الاستعمال عن حق الاستغلال ، وقد يجتمعان في رأى (أبى حنيفة) .

وحق الانتفاع قد ينشأ عن عقد بين الأحياء ، كالأجرة والعارية ؛ أو عن وصية . فحق المستأجر هو حق عيني في الفقه الاسلامي ، كحق الموصى له بالانتفاع سواء بسواء . وهما يستطيعان الاحتجاج بحقهما — وهو واحد — قبل من حصل له تصرف في العين . فقد رأينا أن تصرف المالك يكون غير نافذ ، إذا كانت العين مؤجرة .

٢٧٠ — وعلى ذلك يكون للمستأجر كما للمالك ، حق تتبع العين . وهذا الحق هو في الفقه الاسلامي أوقع أثراً ، منه في القوانين الحديثة . فهو يحول دون أن ينتج العقد آثاره ، حتى فيما بين المتعاقدين . وحق المستأجر على العين يمنع المالك من اجارتها لآخر ، وإذا أجاز المستأجر الاجارة الثانية ، كان هو المؤجر ، واليه تدفع الأجرة .

وكذلك لا ينفذ التصرف في العين ، إذا كانت مشغولة بحق السكنى ، ما دام لم يحجز التصرف صاحب الحق . وكذلك أيضا ليس للوارث أن يتصرف في العين الموصى بمنفعتها لآخر .

وإذا توفي المؤجر ، يستطيع المستأجر الاحتجاج بحقه على العين قبل جميع الدائنين ، بشرط أن يكون قد أوفى بالأجرة كلها .
ويلاحظ أن للمستأجر أن يتنازل عن حقه لآخر ، وكذلك المستعير إذا كان الشيء مما لا يضره تغير المتفع به .

٢٧١ — (ثالثاً) حقوق الارتفاق — ان حق الشرب وحق المرور وما يماثلهما ، تعتبر جميعها من الحقوق العينية . على أن هذه الحقوق لا تولد

عن اتفاقات ، إذ هي تكون دائماً في هذه الحالة عرضة للرجوع فيها ، لأنها تكون في الواقع من العواري .

وحق الارتفاق لا يظهر في الفقه الاسلامي على أنه حق لمنفعة عقار ، إلا أنه دائماً حق على عقار . ويبقى الحق ولو انتقل العقار من ملك إلى آخر . ومن هنا تظهر ، عينية ، الحق .

ويلاحظ أخيراً أنه لا يمكن التصرف في هذه الحقوق ، إلا تبعاً للعقار .

٢٧٢ — ويلحق بحقوق الارتفاق ، ما يسمى بحق القرار ، بحق المحرر وحق العلو ، وحق الجدك .

٢٧٣ — (رابعا) هو الرهن — حق الرهن هو أيضاً حق عيني . ذلك أنه يرتكز مباشرة على الشيء ، ويمكن الاحتجاج به قبل من حصل له تصرف في العين ، وهو يجعل هذا التصرف غير نافذ . وإذا أقر المرتهن البيع يصبح الثمن هو الرهن ، بدلا من المبيع ، وإذا أقر المرتهن الاجارة سقط الرهن .

ويحول الرهن كذلك دون نفاذ عارية المالك .

٢٧٤ — وللمرتهن أيضاً حق الامتياز على غيره ، عند توزيع ثمن المرهون . ولا يمكن أن يحصل تراحم بين دائتين مرتهنين لنفس الشيء . ذلك أنه لا يتأتى هذا التعدد ، إلا إذا صدر الرهن الواحد لمصلحة متعدد .

٢٧٥ — (خامسا) هو الحبس — حق الحبس هو كذلك حق عيني ، يستطيع صاحبه أن يحتج به قبل الكافة ، ولصاحبه أن يمتاز على غيره عند توزيع الثمن . من ذلك أن من يأتي بالعبد الآبق يستطيع حبس العبد ، إذا لم

يدفع له المالك ما يستحقه ، وله أيضاً حق الامتياز عند بيع العبد . وكذلك يحتج البائع بحقه في حبس المبيع لعدم دفع الثمن ، قبل جميع الدائنين .

٢٧٦ - ويتضح مما تقدم أن الجامع بين هذه الأحوال ، هو أن الحق يتبع الشيء . لذلك يتبع صاحب الحق الشيء أينما وجد ، ويمتاز على جميع أصحاب الحقوق الأخرى . ويمكن القول أن الحق العيني لا يكون حقاً إذا كان المفروض في معنى الحق وجود رابطة بين شخصين معينين ، فالحق بهذا المعنى لا يصدق إلا على الحق الشخصي أو الالتزام .

٢٧٧ - الحقوق شبه العينية - يصادفنا في الفقه الاسلامي نوع آخر من الحقوق ، له شيء من « العينية » ، ولو أنه في الواقع لا يدخل تماماً في الحقوق العينية . وقد عبر عنه الفقهاء بعبارة « حق في أن يملك » ، ونسميه « الحق شبه العيني » . من ذلك : حق الشفعة ، والحق في الغنيمة ، وحق المجنى عليه على العبد الجاني . ففي جميع هذه الأحوال يكون الشيء مشغولاً بحق شبه عيني ، بمعنى أن لصاحب الحق أن يطالب بالشيء ، ولو أنه لا يعتبر ملكه بعد . وله كذلك أن يتبعه ، كذا الحال في الشفعة . أما في الأحوال الأخرى ، فتراعى قاعدة ، أن التصرف مطهر للعين .

٢٧٧ مكرر - ويوجد حق شبه عيني أيضاً لصالح الدائنين على تركة مدينهم . وهو يشبه الرهن التأميني القانوني ، اذ بمقتضاه يستطيع الدائنون تتبع مال مدينهم المتوفى . ويقول الفقهاء عن هذا الحق أنه « حق قوى » ، أو « حق متأكد » .

٤ — الفكرة المجردة للالتزام في الفقه الاسلامى

٢٧٨ — إذا أردنا اخضاع فكرة الالتزام لتصوير موحد قلنا ، أن الدين يمكن تحليله على أنه مال ، كما رأينا ، ولكنه مال يحتاج لاستقراره إلى « فعل » ، فهو إذاً كما قال (أبو حنيفة) نفسه ، عبارة عن « فعل » ، أى فعل تمليك وتسليم شيء مثل . وهذا هو أيضاً من ناحية أخرى تحليل الالتزام العين ، فإنه يتضمن بالضرورة « فعل » ، الملتزم ، إذ أن الشيء المعين لا يكون موضوعاً لحق شخصى ، إلا إذا كان المطلوب تسليمه أو تمليكه .

٢٧٩ — وعلى ذلك يمكن القول أن الالتزام ، فى جوهره ، هو دائماً عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين . وعنصر الطلب هذا هو الذى يظهر أن الالتزام يتضمن ارتباطاً بين شخصين . وهذا الارتباط يسميه الفقهاء « المطالبة » . ولذلك نجدهم يطلقون فى الغالب على الملتزم له ، لفظ « الطالب » ؛ وعلى الملتزم ، لفظ « المطلوب » .

وبهذه الرابطة يتميز فى الواقع الحق الشخصى أو الالتزام ، عن الحق العينى . ذلك أن الحق العينى أو « العين » ، بالمعنى الخاص لا يتضمن المطالبة ، إذ ليس هناك من يعترض صاحب الحق دون الشيء محل الحق . فالحق فى الشيء ، ولذلك هو قائم قبل الكافة ، ولذلك قد قالوا ان الحق العينى لا يسقط بالاسقاط . فالحق هو الشيء فى الواقع ، ومادام هذا الشيء موجوداً فالحق باق . ولا يزول إلا بفنائه .

٢٨٠ — ومع هذا كله ، فإن الرابطة الالزامية التى تربط الشخصين لم ينظر اليها الفقهاء على أنها رابطة شخصية . فهى تصبغها عندهم صبغة مادية

بحته . وقد اخطأ المستشرق (سانتيلانا) (انظر ج ١ ص ٢٤٧ من مؤلفه في
الفقه الاسلامي) حيث قال أن الفقهاء لم تفتهم أهمية التفرقة بين الحق
الشخصي والحق العيني ، إلا لأن اهتمامهم كان دائماً موجهاً إلى صاحب الحق
لا إلى موضوعه .

ففي الواقع ، قد نظر الفقهاء دائماً إلى موضوع الحق ، قبل النظر إلى من له
أو من عليه الحق . ويظهر أن هذا الاتجاه في التفكير كان مسيطراً على
عقول العلماء ، في تلك القرون ، حتى أننا نجد زعماء الفلسفة المدرسية في
أوروبا ، يقررون في نفس تلك العصور ، أن العنصر الأساسي في العلاقة
القانونية ، هو دائماً موضوع الحق . (انظر (القديس توما الاكوييني) ، ، في
العدالة ، ص ٢٣١ — ٢٣٢ ، طبع ديكلية . باريس سنة ١٩٣٢) .

ولما كان محل الحق هو الذي يظهر الحق ، لم يلفت نظر الفقهاء تدخل
الشخص فيما بين موضوع الحق وصاحبه . ولما كان الشيء المعين ، عند
ما يكون محلاً للالتزام ، يكون في غالب الأحيان ، محلاً كذلك لحق عيني ،
فإن الحق العيني قد حجب عن نظر الفقهاء الحق الشخصي ، فلم يظهر هذا
النوع من الالتزامات ظهوراً كافياً . ولما كان الالتزام بعمل ليس في
الواقع إلا عبارة عن التزام بتسليم شيء ، أو بصنع شيء ، أو بالانتفاع بشيء ،
فإن الفقهاء قد وقفوا عند الشيء محل الالتزام ، واهملوا النظر إلى الشخص
الذي يطلب منه العمل ، والشخص الذي يطلب العمل ، وإلى أن الرابطة
هنا بين الشخصين هي أظهر ما تكون ، حيث يقوم أحدهما بفعل معين لمصلحة
الآخر ، وتتقيد بذلك حريته .

وأخيراً عند ما نظروا إلى « الدين » نفسه ، لم ينظروا إليه إلا على أنه
شيء . أو مال حكيم ، أو كما قال الانجليز تماماً على أنه « a chose in action »

حتى أنهم قسموا الأموال جميعها إلى قسمين ، وهما الدين والعين .
وبعد ذلك كله ، لم يكن لفكرة الالتزام ، إلا أن تنطمس انطماشاً كلياً .

٢٨١ — لذلك من الخطأ البين أن يقال — كما فعل (موران)
و (بدوى باشا) — أن رابطة الالتزام في الفقه الاسلامي هي في الجوهر
رابطة شخصية .

وقد استتج هذان العالمان رأيهما ، من أن تنفيذ الالتزام يحصل
بحبس الملتزم . وقد فاتهما أن الحبس ليس إلا وسيلة اكراه ، تستعمل عند
تعسر التنفيذ العيني . وأن الالتزام في غالب الاحوال لا تسأل عنه إلا ذمة
الملتزم المالية . وما أبعدنا عن فكرة بيع المدين في دينه ، أو تقطيعه ارباباً ارباباً ،
كما كانت تجري الأمور في روما ، وحيث كان يصح القول ، أن للالتزام
صبغة شخصية بحتة .

٢٨٢ — وما يدل على أن الفكرة الاسلامية للالتزام مصطبغة بصبغة
مادية بحتة ، ما لهذه المادية من الآثار المحسوسة في أكثر من موضع . وهذه
الآثار هي عينها تلك الآثار التي تلاحظ على التشريعات الحديثة التي أخذت
بالمذهب المادي .

من ذلك حوالة الدين . فان تلك الحوالة تشعر بان الدين في الفقه
الاسلامي قد نظر اليه على أنه شيء يمكن تحوله من ذمة إلى أخرى . فهو
عبارة عن قيمة مالية لا يهم فيه سوى أنه يتقلب مالا في نهاية الأمر . ولا
يرد على ذلك أن انتقال الالتزام لم يحيزوه من ناحيته الموجبة . ذلك ان الحظر
هنا كما رأينا لا يرجع الى ان الالتزام رابطة شخصية .

ونذكر أيضاً التفرقة بين الدين والمطالبة ، فهي تظهر أن الدين نفسه

ليس في نظر الفقهاء إلا المال الموجود في الذمة . دون اعتبار للرابطة ، وهي المطالبة ، فهي قد اضيفت اليه اضافة .

ومن دلائل هذه النزعة أيضاً ، امكان تصور تقييد الشخص بارادته المنفردة ، أى أن يصبح الشخص ملتزماً قبل تعيين الملتزم له . فشخصه لا يهم ، ما دامت الذمة قد شغلت .

٢٨٣ — وأخيراً تستشف هذه المادية من خلال النظريات التي صادفتنا في استعراضنا . من ذلك نظرية الارادة الظاهرة . ونظرية الفعل الضار . فقد رأينا أن العبرة ليست بحقيقة الارادة ، ولا بخطأ الفاعل ، فهذا وتلك من الأمور الباطنية ، والمذهب المادى يتمسك بشكل الارادة ، وبالفعل الظاهر الذى سبب الضرر .

ويرجع إلى فكرة المادية أيضاً هذا التردد أمام القوة الالزامية للعقد . ونلاحظ أخيراً شيئاً من المادية في تفسير العقود ، وفي تقدير التعويض . وإذا كان الفقه الاسلامى خلواً من كل شكلية ، فانا قد رأينا أن ذلك لم يحصل ، إلا لأن حقوق الغير ، أمكن صيانتها من طريق آخر .

٢٨٤ — ونختم هذا البحث بعبارة نقتبسها عن (مینار) « في صناعة نظرية الالتزامات ، (ص ٣٦٩) ، حيث يقول في صدد المذهب المادى ، أن من مزاياه اعتبار الشخصية القانونية في حقيقتها الراهنة ، لا على أنها مجرد فكرة متشابهة في جميع الأحوال ، بل هي المصلحة أو الثروة . وليس الالتزام في هذا المذهب إلا عبارة عن علاقة مسؤولية وجزاءات ، تنشأ عن أعمال محرمة أو أشكال موضوعة .

٢٨٥ — نظرة عامة — لا يسعنا الآن ، وقد استعرضنا جميع نواحي نظرية الالتزامات في الفقه الإسلامى ، إلا ان نبدى هنا بعض ما يتبادر إلى الذهن من الملاحظات على تلك النظرية ، بإزاء النظريات المعروفة للالتزام فى القانون المقارن .

وأول ما يلاحظ ، ان الفقه الإسلامى يتفق والتشريع الألمانى فى كثير من الموضوعات ، نذكر منها نظرية عدم النفاذ . وكذلك هو يتفق والتشريع الأنكليزى فى أكثر من موضع . نذكر هنا من ذلك نظرية عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى . والذي جمع بين هذه التشريعات الثلاثة انتصارها جميعاً لمذهب المادية .

وتتبع هذه الملاحظة ملاحظة أخرى ، وهى أن النظرية الإسلامية بعيدة عن النظرية الرومانية ، لما أن هذه الأخيرة قد سيطرت عليها الفكرة الشخصية . وفى الواقع لانجد أوجه شبه إلا فى بعض نقط تفصيلية ، كنظرية بطلان عقود المحجور عليهم .

وإذا أردنا المقارنة من حيث قيمة النظم القانونية ، وجدنا التشريع الإسلامى قد سبق التشريع الرومانى فى تقرير بعض المبادئ العظيمة ، منها مبدأ انتقال الملكية لمجرد الاتفاق ، ومبدأ سلطان الإرادة ، ومبدأ النيابة التعاقدية . ونجده مع ذلك قد تأخر عن التشريع الرومانى فى عدم تقريره مبدأ انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة ، وفى ضعف القوة الإلزامية للارتباط التعاقدى . وقد أهمل الفقهاء الناحية المعنوية فى موضوع الالتزام وفى فكرة الضرر .

ويلاحظ هنا أننا قد عثرنا على بعض وجوه الشبه بين نظرية الجريمة المدنية فى التشريع العبرى ، وهذه النظرية فى التشريع الإسلامى . على أنه من

ناحية اخرى ، نجد نظرية العقد في التشريع العبرى ، تختلف تماماً عنها في التشريع الإسلامى .

وعلى ذلك نقول . أنه من العبث تقصى المؤثرات وأوجه الشبه بين هذه التشريعات المختلفة . والنظرية العامة للالتزامات في التشريع الإسلامى كما ظهرت لنا ، متماسكة الأطراف ، وتحكمها جميعاً فكرة التعادل . وهى تبدو فى بعض نواحيها ، وقد تطورت تطورها الكامل ، وفى البعض الآخر ، وقد وقفت عند مرحلة من المراحل ، التى صادفها العقل البشرى ، على اختلاف الأزمنة والأمكنة ، فى طريقه نحو الحقيقة القانونية .

النظرية العامة للالتزامات

في

الشريعة الإسلامية

القسم الاول

الالتزام في ذاته

الكتاب الأول

طرفا الالتزام

٢٨٦ — لا يستوقف الباحث في نظرية الالتزام عند دراسة طرفيه سوى احوال تعدد كل من الطرفين . لذلك سنتناول هنا فقط دراسة حالات تعدد الملزم لهم وسنفرد لها الباب الاول ، ثم دراسة حالات تعدد الملزمين ونفرد لها الباب الثاني .

الباب الأول

في تعدد الملتمزم لهم

٢٨٧ — سنعرض أولاً لحالة تعدد الملتمزم لهم العامة فنبين حكمها ثم نتناول بعد ذلك حالة التضامن وهي الاستثناء.

الفصل الأول

في الالتزام لتعدد بغير تضامه

الفرع الأول — التمليكات

٢٨٨ — المشترون^(١) والموهوب لهم^(٢) والموصى لهم^(٣) يملكون

(١) الكاساني، في البيوع، ج ٥، ص ٢٨٣—٢٨٤: « لما اشترى العبد جملة واحدة كان كل واحد منهما مشترياً نصفه ». وانظر أيضاً الحاشية الآتية .

(٢) الكاساني، في الشركة، ج ٦، ص ٥٦، س ١٦—١٧: « ... ان يشتري شيئاً أو يوهب لها أو يوصى لها أو يتصدق عليهما فيقبلا ... فيصير المشتري والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركاً بينهما شركة ملك ». وقارن الكاساني ج ٦، ص ٨١، س ١١: « البين كلة قسمة والقسمة تقتضي المساواة اذا لم يبين فيها قدر معلوم » .

الشيء المشتري أو الموهوب أو الموصى به على الاشتراك أجزاء متساوية .
وقد تكون الانصباء غير متساوية إذا حدد المتعاقدون الانصباء (٣) .

يمكن القول إذا أن الالتزامات التي يكون موضوعها نقل حق ملكية
تنقسم حتماً فيما بين الملتزم لهم وقد ذكروا صراحة أن الملكية لا يمكن أن
تنتقل كاملة الى كل من المشتريين (٤) . ولا يؤثر في هذا المبدأ ما ذكره (أبو
يوسف) و (محمد) بمناسبة هبة المشاع (٥) .

٢٨٩ — وهذا المبدأ مطرد أيضاً في تملك المنفعة . فالمستأجرون حقهم

(٣) الكاساني، ج ٥، ص ٢٢٦، س ٢١—٢٥ . وانظر أيضاً الحاشية السابقة
وراجع كذلك السرخسي، ج ١١، ص ١٦٥، س ٩ : « هذا الشرط معتبر لمقتضى
مطلق السبب » .

(٤) السرخسي، ج ١٢، في الهبة، ص ٦٨، س ٩—١٠ : « موجب العقد الملك
ولا يتأتى إثباته بكماله لكل واحد منهما » . وابن نجيم، ج ٢، ص ٢٠٢، س ٥ : « اجتماع
الملكين في محل واحد محال » .

(٥) الكاساني، ج ٦، ص ١٢١، س ٢٨—٣٤؛ وص ١٢٢، س ١—٢٣ . وقد
ورد فيه تفصيل الخلاف . وفي ج ٦، ص ١٢٢، س ١٨—١٩ : « قولهما ان موجب
ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال » .

وفي س ١—٤ : « النصف عند الانقسام ضرورة المزاومة واستوائهما في
الاستحقاق ... كالاخوين في الميراث عند الاستواء في الدرجة ان الميراث يكون بينهما
نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما على الكمال » .

وس ٧—٨ : « فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل » .
وس ١٧ : « كأنه أفرد لكل واحد منهما العقد في النصف » . وانظر أيضاً
السرخسي، ج ١٢، ص ٦٧، س ١٧ : « كما لو وهب النصف من كل واحد منهما
بعقد على حدة » .

في الانتفاع بالعين المؤجرة ينقسم فيما بينهم حصصاً متساوية^(٦). ومع ذلك فمن المعلوم أن الرهن وهو حق عيني لا ينقسم أبداً فيما بين الدائنين المرتهنين^(٧).

الفرع الثاني - الالتزامات بالتسليم

٢٩٠ - رأينا أن الحكم بالنسبة للالتزام بالتسليم هو الانقسام فيما بين الملتزم لهم المتعديين فهل يكون الحكم كذلك في الالتزام بالتسليم؟ يظهر أنه كذلك. فقد ورد بمناسبة حق حبس المبيع أن لكل من المشتريين المطالبة بتسليم حصته فقط من المبيع^(٨). وهذا الحكم ينطبق ولو كان الشيء المطلوب تسليمه غير قابل للقسمة. فقد ذكره (محمد) في الجامع الصغير^(٩) في حالة

(٦) الكاساني، ج ٤، في الاجارة، ص ١٨٨، س ١٧: «تفرق ملكهما في المنفعة وانه يوجب قسمة المنفعة بالنهاي». وانظر ايضاً س ١٨: «ولو مات أحد المستأجرين حتى انتقضت الاجارة في حصته بقيت في حصة الآخر كما كانت».

(٧) السرخسي، ج ٢١، في الرهن، ص ١٦٥، س ٢: «ثبوت حق الحبس لكل واحد منهما في جميع الرهن». والكاساني، ج ٤، في الاجارة، ص ١٨٨ س ١٩-٢٠: «ويجوز رهن الواحد من اثنين... لان الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين. ألا ترى انه لو قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يأخذ بعض الرهن».

(٨) الكاساني، ج ٥، ص ٢٥٠، س ٢٢ - ٢٣: «استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من الثمن». و س ١٢: «إذا نقد أحدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع».

(٩) محمد، الجامع الصغير، ص ٨٧، س ٦ - ١٥: «رجلان اشتريا عبدا... لم يقبض الا نصيبه». وانظر ايضاً ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٠١، س ٣

بيع العبد، والعبد كما هو ظاهر لا يقبل التجزئة^(١٠). وقد وردت هذه المسألة بصورة عامة عند جمهور المؤلفين. فلا فرق إذا بين حالة الأشياء التي تقبل الانقسام وحالة الأشياء التي لا تقبل^(١١). والمفهوم أنه في حالة عدم قبول الشيء للتجزئة تقع القسمة بطريق التهاؤ. وقد صرح بذلك بعض الفقهاء^(١٢).

« أي اشترى عبدا صفقة واحدة كما عبر في الجامع الصغير، . وس ٦ — ٧ : « الظاهر أن هذا لو المبيع غير مثلي أما المثلي كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل ولذا صوروا المسألة بالعبد، . تشعر هذه العبارة الأخيرة أن هناك تفرقة بين الأشياء القابلة للقسمة والأشياء غير القابلة لها يد أنها لا تقدر في صحة ما ذكر متا. فان فكرة الحبس لعدم دفع الثمن هي التي تفسر حل المسألة بهذا الشكل لذلك لن يكون هناك محل للتساؤل عن إمكان دفع الكل للواحد اذا كان المشتري الثاني حاضراً أو اذا كان قد دفع نصيبه من الثمن. انظر في ذلك ابن عابدين، س ٤ — ٦ : « لو كان حاضراً... يمكنه أن يخاصمه الى القاضي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه، . وس ١٠ — ١١ : « بخلاف أحد المستأجرين... اذ ليس للتوَجِر حبس الدار، . وابن نجيم، البحر، ج ٦، ص ١٧٦، س ٤ — ٥ : « لانه لو كان حاضراً لا يقبضه [الكل] اتفاقاً،

(١٠) الكاساني، ج ٦، ص ٢٣٩، س ١٤ : « ما لا يحتمل القسمة كاللداية والعبد ونحوهما، . وقارن محمد، الجامع الكبير، ص ٨٨، ١ : « الشاهد منهما حضر يدفع اليه نصف الجارية ويترك النصف الباقي في يدي المشتري، . والحصري، باب شركة الرجلين من كتاب الشركة : « ولا يتمتع الدفع بغية الشريك، .

(١١) الكاساني، ج ٥، انظر الحاشية رقم ٨. والحصكفي، ج ٤، ص ٣٠١، س ١ : « وان اشترى اثنان شيئاً... »

(١٢) الزيلعي، ج ٤، ص ١٢٩، س ٨ : « لا يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة، وانظر أيضا ابن الهمام، ج ٦، ص ٢٥٣، س ٢٩ : « لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة، . وابن قاضي سماوه، ج ١، ص ٥١، س ٢٢ : « واجمعوا على انه لا يدفع الى الحاضر الانصبيه مشاعاً غير مقسوم، . وأيضاً النص الوارد بالحاشية رقم ٢٠.

على أن جواز وقوع التسليم لكل واحد من الملتزم لهم بالنسبة لحصته فقط يستتج أيضاً من خلال الجلاف الدائر على صحة هبة المشاع (١٣) .

٢٩١ — ولكن يلاحظ مع ذلك أن التزام المودع بالتسليم لا ينقسم فيما بين المودعين . فقد نصوا على أنه لا يستطيع أحد المودعين المطالبة برد حصته وحدها حالة غيبة بقية المودعين (١٤) . فالملتزم لهم هنا يتحتم عليهم الاجتماع عند المطالبة (١٥) . وفي هذا ما فيه من المضار كما لا حظه (السرخسي) نفسه

(١٣) الحدادي ، ج ٢ ، ص ١٣ ، س ٢٢ — ٢٣ : د ولو قسم وسلم الى كل واحد منهما حصته جاز . .

(١٤) ليس المقصود هنا الغيبة المنقطعة . انظر محمد علاء الدين عابدين ، القرعة ، ج ١ ، ص ٥٨ ، رقم ٤ : واطلق في الغائب فشمّل ما اذا كان بعيداً معروفاً يتعذر الوصول اليه أو قريباً . وابن قاضي سماويه ، ج ١ ، ص ٥٣ ، س ١٩ : « سواء كان غائبا عن المجلس حاضراً في البلد أو غائبا عن البلد » .

(١٥) محمد ، المبسوط ، خط ٣٣ دار الكتب . ج ٢ ، في الوديعة ، ص ١٩٩/٢ س ٢ — ٧ : « قلت أرأيت رجلين استودعا دراهم أو دنائير أو ثياباً أو دواب أو عبيدا فجاء أحدهما والآخر غائب فقال للمستودع ادفع الى حصتي فابا ذلك عليه فتقدما الى القاضي فقضا القضية أينبغي للقاضي أن يأمر المستودع أن يدفع الى صاحبه حصته بغير محضر من الآخر قال لا حتى يجتمع هو وصاحبه جميعاً قلت لم قال الاترى أن المستودع ليس بوكيل فكيف يستطيع أن يقسم المال وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك فيدفع اليه حصته ولا يكون قسمة جائزة على الغائب » . وانظر عين هذا النص في المخطوط رقم ٣٨٢ ، كتاب الوديعة ، الصفحة الثامنة من هذا الكتاب . وقد سمي هذا المخطوط في فهرست دار الكتب بالنوادر خطأ (انظر ص ٤٥٦ من هذا الفهرست) فهو في الواقع نسخة من المبسوط يرجع تاريخها الى القرن الثامن .

فقد لا يتيسر اجتماعهم ، وقد يجعل اعنات البعض هذا الاجتماع مستحيلا (١٦).

على أن هذا هو رأى (ابى حنيفة) وحده . وقد خالفه فيه الصحابان ، إلا أن مخالفتها منحصرة في حالة ما إذا كان الشيء المودع يحتمل القسمة . فهما قد قالوا في هذه الحالة فقط بانقسام الالتزام (١٧) . ومع ذلك فهذا الانقسام ليس

(١٦) السرخسى ، ج ١ ، ص ١٢٤ ، س ٢ — ٣ : « والحاضر وإن كان يتضرر بهذا فقد رضى بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الايداع قبل القسمة » . على أن المستودع يستطيع دائما أن يقسم التزامه دون أن يتحمل مسؤولية ما . ففي الواقع تعتبر فقط دعوى المودع غير مقبولة . انظر محمد ، في الموضع المشار اليه : « فأبى عليه ذلك ... اينبغي للقاضي أن يأمر » . وفي نفس المعنى انظر السرخسى في الموضع المشار اليه أيضاً . والطحاوى ، ص ١/٨١ : « لم يكن عليه أن يعطيه منها شيئاً » . وانظر أيضاً الكاساني ، ج ٦ ، ص ٢١٠ ، س ١٩ — ٢٠ . وأخيراً ابن عابدين ج ٤ ، ص ٦٨٧ ، س ٢٧ — ٢٨ : « أشار بقوله لم يدفع الى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضي بدفع نصيبه اليه » . وهذا الحكم يعتبر مخالفا للقياس وللمنه رجح عليه . انظر الحصكفي ، ج ٤ ، ص ٦٨٧ — ٦٨٨ : « ولو دفع هل يضمن ... في البحر الاستحسان لا فكان هو المختار » .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الفقه العملى (الحيل) قد ردد صدى نزعة التخلص من الدعوى المشتركة . انظر الهندية ، ج ٤ ، في الوديعة ، ص ٣٥٥ ، س ٢٠ — ٢٥ . والمفروض في المسألة هنا أنه قد اتفق على اشتراط اجتماع المودعين ، فرسم الفقه العملى خطة دفاع للتخلص من المسؤولية : « ثلاثة أودعوا رجلا مالا وقالوا لا تدفع المال الى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم ... فان اراد المودع أن يخرج عن الضمان فالحيلة له في ذلك أن يقول للحاضر الذى يطالبه بعد ما دفع الى الاول احضر خصمك حتى ادفعه اليكما ولا يقر بالدفع اليه » .

(١٧) هذا هو على الاقل مانسب اليهما في بعض النصوص ومنها لمقدمين . ففي الطحاوى ، الموضع المشار اليه : « دراهم أو ما سواها بما يقسم » . والمرغينانى

انقساماً نهائياً في نظر صاحبين أنفسهما. ذلك أنه إذا هلك الباقي في يد المستودع فإن للودع الذي لم يقبض أن يرجع على شريكه القابض بنصيبه مما قبض (١٨).

ج ٧، ص ٤٥٨ س ٦: « في المكيل والموزون ». وفي نفس المعنى الحدادي، ج ٢ ص ٣٨، س ٣٠. والزيلعي، ج ٥، ص ٨٠، س ١ — ٤: « والخلاف في ذوات الامثال ». وقاضي خان، شرح الجامع الصغير، منقولا عن الشلبي، ج ٥، ص ٨٠. وانظر عكس ذلك في محمد، الموضع المشار اليه: « دراهم أو دنانير أو ثيابا أو دواب أو عبيدا ». ولكن في الجامع الصغير: « ثلاثة استودعوا رجلا الفا ». والسرخسي ج ١١، ص ١٢٣، س ١١ — ١٢. والقدوري، ص ٧٢. ولكن الكاساني، في الموضع المشار اليه، عند ما سرد الأمثلة لم يأت إلا بأشياء قابلة للقسمة. وانظر أيضا في عكس ذلك، الحصكفي، ج ٤، ص ٦٨٧: « لو أودعا شيئا مثليا أو قيميا ». وقاضي زادة تائج، ج ٧، ص ٤٥٨، س ٢٥ — ٢٦. وراجع في هذا التردد ابن عابدين، ج ٤، ص ٦٨٨، س ١ — ٦. وطبقاً للتفسير الآخر يستطيع كل من المودعين أن يطلب حصته في الشيء. المودع ولو كان هذا الشيء غير قابل للقسمة.

(١٨) الكاساني، ج ٦، ص ٢١٠، س ٢١ — ٢٢: « لو هلك الباقي في يد المودع ثم جاء الغائب له أن يشارك صاحبه في المقبوض ». والمراجع المذكورة. وقد فرع صاحبان هذه المسألة قياساً على مسألة الدين المشترك (انظر فيما يلي) ولكن كما قد لاحظ أبو حنيفة المفروض هنا أن الالتزام موضوعه تسليم شيء بينما المدين يدفع ماله الخاص. انظر الكاساني، ج ٦، ص ٢١٠، س ٢٩ — ٣٠: « القياس على الدين المشترك غير سديد... هنا يدفع مال الغائب ». لذلك نرى أبا حنيفة نفسه يسلم بانقسام المطالبة في حالة ما اذا انقلب التزام المودع الى دفع مبلغ من المال على سبيل التعويض. انظر الكاساني، ج ٦، ص ٢١٣، س ١٢ — ١٣: « لو أودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالين خلطاً لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبي حنيفة ».

٢٩٢ — ولا يتأتى الانقسام أيضاً في حالة تعدد الدائنين المرتهينين . فاذا طالب أحدهم بالعين المرتهنة في غيبة الباقي لا يحكم له طبقاً لنظرية الدعوى عند (أبى حنيفة) (١٩) .

٢٩٣ — وعلى ذلك نستطيع أن نقول أنه في احوال الالتزامات بالتسليم قد ينقسم الالتزام وقد لا ينقسم فيما بين الملتزم لهم ، إلا أنه في جميع الاحوال لا يكون لاحد الملتزم لهم أبداً حق المطالبة بالكل ولو كان الشيء المطلوب تسليمه لا يقبل الانقسام .

على أنه يلاحظ أن الحكم في رأى (أبى يوسف) اذا صدر بناء على مطالبة أحد المشتريين فهو يعتبر حكماً كذلك لمصلحة المشتريين الغائبين . فالحكم يتناول الكل ولو ان نصيب الغائب لا يسلم الى شريكه بل الى اجنى على سبيل الوديعة (٢٠) .

(١٩) ابن قاضى سماوه ، ج ١ ، ص ٦٢ ، س ٨ — ١١ .

(٢٠) ابن قاضى سماوه ، ج ١ ، ص ٤٨ — ٤٩ : « برهن عليه انى وفلان الغائب اشترينا هذا منه بكذا ونقدنا ثمنه . . . فعلى قياس قول أبى يوسف يحكم ب كله للحاضر والغائب ويدفع الى الحاضر نصفه ويودع الباقي عند ثقة ولا يقسم حتى يحضر الغائب » .

ويجب ملاحظة أنه اذا كان الامر يتعلق بجملة وارثين فان الحكم الصادر بناء على مطالبة أحدهم هو أيضاً في مصلحة الآخرين اتفاقاً . انظر ابن قاضى سماوه ج ١ ، ص ٨١ ، س ٢ — ٤ : « اذا آل الامر الى المطالبة بالتسليم لا بد من بيان حصته » .

وهناك استثناء آخر ، فان المشتري الذى دفع الثمن كله في غيبة المشتري الآخر يمكنه قبض الكل ليحبس نصيب الغائب . هذا هو رأى أبى حنيفة و محمد

الفرع الثالث - الالتزامات التي يكون موضوعها مبالغ أى مقادير من النقود أو أشياء أخرى مثلية

٢٩٤ — هل ينقسم الالتزام بين الدائنين اذا كان موضوعه مبلغاً من النقود أو من أشياء مثلية أخرى ؟

قبل الاجابة عن هذا السؤال يتعين هنا تحديد الحالة التي يعتبر فيها التعدد وتبين أحكامه . فمن البديهي أن تعدد الدائنين لا يهنا إلا اذا كان واقعاً في التزام واحد ، ففي هذه الحالة فقط يبحث عن تأثير هذا التعدد في الالتزام في ذاته . أما تعددهم مع تعدد الاسباب المنشئة للديون فيعرض له عند الكلام عن التزام ، ولا يدخل في نطاق هذا الباب .

والمطلوب الآن هو معرفة متى يكون التعدد في التزام واحد اى متى يعتبر الدين ناشئاً عن سبب واحد وهو ما يسمونه بالدين المشترك (٢١) .

خلاف لابي يوسف . ولا يكون له هذا الحق اتفاقاً اذا كان الشيء قابلاً للقسمة . انظر الحواشي رقم ٨ — ١٢ فيما سبق . وانظر أيضاً قاضى خان ، شرح الجامع الصغير ، خط ٧٤٣ دار الكتب ، ج ٢ : في البيع ، باب المسائل المثورة .

(٢١) وذلك لان للفرقة هنا وهنا فقط أهمية . غير أنه لا يخفى أن موضوع التعدد بخلافه لا يكون محلاً لبحث اذا لم يكن هناك اشتراك . واذا كان الفقه في فرنسا لم يعر هذه الفرقة اهتماماً فذلك لكونها في التشريع الفرنسى ليست ذات نتيجة تذكر . انظر كولان وكايتان ، ج ٢ ، ص ١٧٦ حيث انتقدا استعمال لفظ « conjointe » . وانظر في هذا الانتقاد بلانيول وريبير ، ج ٧ ، ص ٣٦٢ ، رقم ١٠٥٥ . على أن ديمولومب قد استرسل في هذا الموضوع وهو يرى أن الالتزام يكون مشتركاً اذا اتحد الموضوع والسند (انظر رقم ١٠٩) وتجد فائدة الفرقة مشروحة في رقم ١١٣ — ١١٤ و ٥٨٤ . وانظر أيضاً لاروميير ، ج ٣ ، ص ٣٥٩ ، رقم ٩ .

المبحث الأول — تحديد حالات التعدد

٢٩٥ — أحوال التعدد التي تهماهـي أحوال الدين المشترك، والدين يكون مشتركاً كما في النصوص إذا كان سببه واحداً (٢٢).

وعلى ذلك لا يكون الدين واحداً بالطبيعة إذا لم تربط بين الدائنين رابطة ما (٢٣) كما لو باع كل واحد منهما ماله على حدة. ولا يكون الدين واحداً

(٢٢) رضى الدين السرخسى، ج ٦، خط ٦١٣، كتاب الشركة، باب قبض أحد ربي الدين نصيبه، حوالى الصفحة ٦٩: «أصله أن الدين متى وجب لاثنين على واحد بسبب واحد فإنه يكون مشتركاً بينهما». وفى التيسير، باب شركة الرجلين يكون بينهما الجارية: «لا ف سبب وجوب الدين متحد». وفى باب رجوع أحد الشريكين على صاحبه: «انما يكون الدين مشتركاً إذا وجب بسبب واحد حقيقة وحكما». وفى نفس الباب: «مداره اتحاد السبب... الاشتراك فى الدين... يعتمد اتحاد السبب». الحصرى، خط ٩٧، ج ٥، كتاب الشركة، نفس الباب. والسرخسى، ج ٢١، الصالح، ص ٤١، س ١٩. والكاسانى، ج ٦، الشركة، ص ٦٥، س ٢٦. والزيلعى، ج ٥، الصلح، ص ٤٥. وابن نجيم، ج ٢، ص ٢١٢، س ٤ — ٥. والحصكفى، ج ٤، الصلح، ص ٦٦٢، س ٣٤. والهندية، ج ٢، ص ٣٣٦، س ١١، عن المحيط. وقارن كولان وكايتان، ج ٢، ص ١٧٧ حيث جاء أن الديون المشتركة هي التي تولدت من واقعة قانونية واحدة.

(٢٣) انظر فى ابن عابدين، العقود الدرية، فتوى فى مسألة واقعية، ج ٢ ص ٢٢٢: «سئل فيما إذا كان لزيد بذمة جماعة مبلغ دين من الدراهم ولعمرو بذمتهم دين أيضاً فأخذ زيد منهم قدراً من دينه الخاص به ويريد عمرو مشاركته فى ذلك بلا كفالة من زيد لذلك ولا وجه شرعى فهل ليس لعمرو ذلك لجواب نعم».

رابطة الاشتراك متحققة حتماً فى حالة الميراث فان تعدد الورثة يجعل الدين

كذلك ولو كان المال المبيع مملوكا لهما على المشاع^(٢٤).
فالعبرة إذاً بوحدة السبب نفسه أى بوحدة مصدر الالتزام . وقد فرق
الفقهاء ما بين العمل القانوني وهو مصدر الالتزام والسند المثبت له . ولذلك
لا يكون الدين واحداً إذا صدر البيع من كل واحد من البائعين على حدة
وتعين الثمن بالنسبة لكل حصة . ولا يهم بعد ذلك أن المبلغ المطلوب من
المشتري قد ذكر جملة واحدة في السند^(٢٥). وقد نصوا على مثل ذلك في حالة
القرض^(٢٦).

مشتركا وهو في الواقع قد تولد عن واقعة قانونية واحدة . انظر محمد ، المبسوط
ص ٣٨٥ / ١ : « اذا كان لرجل وامرأة على رجل ألف درهم بينهما للرجل الثلثان
وللرأة الثلث من ميراث وراثته... كان لشريكة أن يشركه » . والكاساني ، ج ٦ ، ص
٦٥ ، س ٢٥ : « أو ورثا دينا لرجل واحد » . وكذلك في حالة الوصية . انظر ابن
عابدين ، ج ٤ ، ص ٦٦٢ : « دين موروث أو كان موصى به لهما » .
(٢٤) التيسير ، باب شركة الرجلين : « عبد بين اثنين باع كل واحد نصيبه في
صفقة على حدة » . وفي باب رجوع أحد الشريكين : « لو باعا العبد المشترك
صفقتين لا يشتركان في البدل » .

(٢٥) محمد ، خط ٢٠٠ ، ص ٣٨٥ / ١ ، في باب اختلاف الشراء والصلح :
« اذا كان خادم بين رجلين فباع أحدهما حصته بخمس مائة من رجل وباع الآخر
حصته من ذلك الرجل بخمس مائة وكتبا عليه صكا بألف درهم جميعا... الصفقة
مختلفة » . والسرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤١ ، س ١٠ وما بعده : « لان نصيب كل واحد
منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك » . وابن
عابدين ، ج ٤ ، ص ٦٦٢ ، س ٢٨ وما بعده .

(٢٦) محمد ، المرجع المشار اليه : « وكذلك لو اقترضه كل واحد منهما خمس
مائة وكتبا عليه بها صكا واحدا » . والسرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤١ ، س ١٣ — ١٤ :
« كما لو اقترضه كل واحد منهما خمسمائة وكتبا بالالف صكا واحدا » .

والعقد هو مصدر الالتزام، والعبرة به عند انعقاده، ولا تأثير للاجازه اللاحقة إذا كان العقد قد انعقد تحت شرط الاجازة. ولذلك قد تقع الاجازة مجزأة دون أن تمس وحدة العقد. ولكن مع ذلك إذا حصل وفاء عند اجازة أحد الدائنين فقط فلا يؤثر التعدد المترتب على اجازة الآخرين إذ أن الوفاء قد حصل في وقت لم يكن الدين فيه لم تعدد^(٢٧). وقد ورد مثل هذا في حالة بيع ملك الغير^(٢٨).

(٢٧) محمد، الجامع الكبير، خط ٧٤٠، ص ٢/٩٧: «إذا باع الرجلان من رجل عبداً بالف درهم على أن الباعين بالخيار ثلاثة أيام... ثم إن أحدهما أجاز البيع فالبيع جائز في حصته وقد وجب له نصف الثمن على المشتري فإن لم يقبضه حتى أجاز البيع الآخر البيع فقد جاز البيع في العبد كله فإن قبض واحد من الباعين من الثمن شيئاً شركه فيه صاحبه ولا يلتفت إلى ما وجب لأحدهما قبل صاحبه لأنه لم يقبض شيئاً حتى صاراً مشتركين. ولو أن الأول قبض نصف الثمن قبل أن يجيز صاحبه ثم إن صاحبه أجاز البيع بعد ذلك لم يشرك الذي قبض نصف الثمن في قليل ولا كثير لأنه قبض نصف الثمن وهو له خاصة لا شركة لأحد فيه.. والهندية، ج ٢، ص ٣٤٦، عن المحيط.

(٢٨) محمد، الجامع الكبير، ص ٢/٩٦ - ١/٩٧. «وإذا اغتصب الرجلان من الرجل عبداً فباعاه... ثم إن... المولى لقي أحد الغاصبين فضمنه نصف العبد... فإن البيع قد تم... ولا يلتفت في هذا إلى وجوب الثمن لأحدهما قبل صاحبه لأن البيع كان أصله واحداً... ولو كان الغاصب الذي ضمن أولاً قبض نصف الثمن ثم إن المولى لقي الغاصب الآخر فضمنه... لا شركة... قبض ذلك قبل أن تقع الشركة سلم له ذلك». العتابي، ص ١٣٢. والحصري، ج ٥، باب رجوع أحد الشريكين: «السبب هو البيع والبيع متحد ووجوب الثمن يستند إلى البيع لأن النفاذ يستند إلى البيع لأنه صفة البيع... وإن اختلف وقت النفاذ، «حين نفذ البيع الثاني كان نصيب كل واحد منهما ممتازاً عن نصيب الآخر صفة لأن نصيب

٢٩٦ — ولمعرفة ما إذا كان العقد سبب الدين واحداً يتعين النظر إلى الصفقة نفسها . فإذا كانت الصفقة واحدة اعتبر العقد واحداً . والصفقة تعتبر واحدة إذا كانت لا تقبل التجزئة (٢٩) .

من أجل ذلك لا يكون الدين المطلوب للبائعين واحداً إلا إذا باعا معا بضمن اجمالي واحد^(٣٠) فالصفقة لا تعتبر واحدة في رأى (أبى يوسف) و(محمد)

الاول حين تنفيذ البيع الثاني كان عينا ونصيب الآخر كان ديناً في ذمة المشتري وللنفاذ حكم الايتداء .

(٢٩) الحصري ، المرجع المشار اليه ، في باب شركة الرجلين : « وقفه ... العقد منهما واحد فكل واحد منهما في التصرف كشطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم ... اذا كان البيع صفقة واحدة كان تمام البيع بكلامهما ولهذا لو قبل البيع في نصيب أحدهما دون الآخر لا يجوز فكان علة وجوب الثمن عقدهما فكان مشتركا بينهما . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٢٥ — ٢٦ : « مطلب في بيان ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها .

(٣٠) سواء كان المبيع مالا مشتركا : انظر محمد ، ص ١/٣٨٥ : « ان باعا جميعا الجارية صفقة واحدة بضمن واحد حالاً أو الى أجل . » ومحمد ، الجامع الكبير ، ص ١/٩٥ . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٥ ، س ٢٤ . والمرغيناني ، ج ٧ ، في الصلح ، ص ٤٠٢ . والحصكفي ، ج ٤ ، ص ٦٦٢ . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٦٦٢ . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٦٦ و ٣٤٣ ، عن الكافي . وكذلك في حالة الاجارة . انظر محمد ، الجامع الكبير ، ص ٢/٩٥ : « اذا كانت الدار بين رجلين فاجراها من رجل بمائة درهم . » والتيسير ، في باب رجوع أحد الشريكين على صاحبه : « باعا منفعة مشتركة بينهما صفقة واحدة . » والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٣ ، عن الكافي . وابا السعود ، حاشية على فتح الله المعين ، في الصلح ، ج ٣ ، ص ١٨٤ .

أو شيئين مختلفين : محمد ، الجامع الكبير ، ص ١/٩٥ : « رجلان لاحدهما عبد

إذا كان الثمن مجزأ (٣١). فلا يكون الدين واحداً إذا جعل لكل من البائعين حصة من الثمن (٣٢) أو كان الثمن المستحق لأحدهم يختلف عن الثمن

وللآخر أمة ثمنهما سواء باعاهما من رجل صفقة واحدة بالف درهم. والحصيرى ج ٥، في باب شركة الرجلين: «كرجلين اسلما عشرة دراهم الى رجل في كرخظة صفقة واحدة والعشرة غير مشتركة بينهما بان كانت الخمسة ملك أحدهما والخمسة ملك الآخر». والزيلعى، ج ٥، ص ٤٥: «ان كان لكل واحد منهما عين على حدة... وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما». وابن عابدين، ج ٤، ص ٦٦٢، عن الزيلعى.

(٣١) التيسير، في باب رجوع أحد الشريكين: «لو سمي كل واحد لنصيبه ثمننا لم يشركه الآخر فيما قبض لاختلاف سبب الوجوب ولهذا لو قبل نصيب أحدهما صح بخلاف ما اذا لم يسم وهذا ظاهر الرواية وعلى ما روى عن ابى حنيفة لا تفرق الصفقة بهذا». وابن عابدين، ج ٤، ص ٢٥ و ص ٣٧٥. والكاسانى ج ٥، ص ١٤٥.

(٣٢) محمد، ص ٣٨٥ / ١: «ولو باعا صفقة واحدة على أن نصيب فلان منها مائة درهم وعلى أن نصيب فلان ألف درهم... فهذا بمنزلة صفقتين». ومحمد، الجامع الكبير، ص ٩٥ / ١: «ولو كانا حين باعا سميا أن ثمن كل واحد منهما خمس مائة درهم فقبض أحدهما حصته... لم يشاركه». وانظر عكس ذلك في محمد علاء الدين عابدين، القرعة، ج ٢، ص ٢٣٨: «بغناك هذا العين بالف لكل خمسمائة فقبل كان صفقة واحدة». ويظهر انه اتبع رأى ابى حنيفة في هذا. لكن الجمهور على غير ذلك. انظر السرخسى، ج ٢١، ص ٤١، س ١٤ وما بعده: «لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة لان تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن للشترى أن لا يقبل البيع في نصيب أحدهما». والزيلعى، ج ٥، ص ٤٥: «تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما». والهندية، ج ٢، ص ٣٣٧.

وقارن مع ديمولومب، ج ٢٦، ص ٨٣، رقم ١٠٩. فهو يميز بين حالتين. الحالة

المستحق للآخر في ماهيته (٣٣) أو في صفته (٣٤).

٢٩٧ — ويلاحظ أنه إذا لم يعتبر العقد مصدر الالتزام واحداً فإن الالتزام الذي ينشأ عند فسخه يتأثر كذلك بطبيعة هذا العقد فلا يعتبر هذا الدين الأخير واحداً. من ذلك أن رجوع المشتري بالثمن إذا ما وجد بالمبيع عيب أو عند استحقاق المبيع لا يعتبر ديناً مشتركاً إذا كان الثمن لم يقدر بالعقد جملة واحدة (٣٥).

الاولى : تعهد شخص في صك بان يدفع عشرة آلاف لآخر وعشرة آلاف لثالث .
الحالة الثانية : تعهد شخص في صك بان يدفع عشرة آلاف لآخرين . فيقول ديمولومب أن الدين يكون مشتركاً في الحالة الثانية دون الاولى . وانظر ايضاً لاروميير ج ٣ ، ص ٣٠٧ حيث جاء انه اذا باع شخص حقلاً بكذا وغابة بكذا وارضا بكذا بموجب صك واحد فانه يكون على المشتري ثلاثة التزامات كل واحد منها مستقل تماماً عن الآخر .

(٣٣) محمد ، ص ٣٨٥ / ١ : « لو اشترط أحدهما أن ثمن نصيبه كره حنطة جيد وثمان حصة الآخر كره من شعير جيد » . والسرخسي . ج ٢١ ، في الرهن ، ص ١٦٤ ، س ٢١ — ٢٢ : « لرجلين على رجل دين هما فيه شريكان أو لا أحدهما دنانير وللآخر دراهم أو حنطة أو غيرها » .

(٣٤) محمد ، ص ٣٨٥ / ١ : « وكذلك لو اشترط أحدهما أن نصيبه خمس مائة ييضاً وشرط الآخر خمس مائة سود » . والسرخسي . ج ٢١ ، ص ٤١ ، س ١٦ — ١٧ .

(٣٥) العتاني ، ص ١٣٢ : « لو اشترى صفتين فرداه بعيب أو استحق قبض أحدهما حصته فلا شركة وان نقدا من مال مشترك . في رواية ابن سباعة يشركه اذا كان النقد من مال مشترك » . وظهير الدين . ج ٢ ، ص ٣٥ / ٢ — ٣٦ / ١ : « رجلان اشترى من رجل جارية اشترى أحدهما نصفها بالف درهم واشترى الآخر نصفها بالف درهم ثم وجدا بها عيباً ورداها ثم قبض أحدهما حصته من » .

٢٩٨ — ولما كانت وحدة الصفقة هي شرط اتحاد المصدر فانعدام وحدة الصفقة هو الذى يفسر لنا السبب فى عدم اعتبار دين الكفلاء المتعدين على المدين ديناً واحداً مشتركاً . ذلك أنهم قد نصوا على أن عقد الكفالة يقبل التجزئة عند تعدد الكفلاء ، فهو إذاً لا يكون صفقة واحدة^(٣٦) ودين الكفلاء على المدين أساسه هذا العقد^(٣٧) وهو ليس واحداً كما قلنا . هذا هو فقه (أبى يوسف)^(٣٨) ، وقد انضم اليه فيه (محمد)^(٣٩) . وقد ورد

اثمن لا يشاركه صاحبه فيما قبض . دفعا الثمن مختلطاً فى الابتداء أو دفع كل واحد منهما الثمن على حدة ، لأنه صفتان ، وكذلك إن استحققت الجارية . وروى عن أبى يوسف أنه رجع عن قوله فى فصل الرد ، . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ . عن المنتقى . عن أبى يوسف .

(٣٦) الحصرى ، ج ٥ ، فى باب رجوع أحد الشريكين : « كفالتهم وإن اتحدت حقيقة لأنهما كفلا عن الغريم بألف درهم جملة واحدة لكن اختلف حكما ، لأن كفالة كل واحد منهما صحتها غير منوطة ومتعلقة بكفالة الآخر ، فإن الطالب لو قبل كفالة أحدهما دون الآخر صح ، .

(٣٧) المرجع المشار اليه : « بنفس الكفالة وجب الدين للطالب على الكفيل ، والكفيل على الأصيل ، إلا أن ما وجب له على الغريم مؤجل إلى وقت القضاء ، .

(٣٨) المرجع المشار اليه : « إذا ثبت أن وجوب المال عليهما بسبب الالتزام والتزامها متفرق فإن كفالة هذا والتزامه غير كفالة ذاك والتزامه . فكان السبب مختلفاً ، وهذا لأنه وجب الدين لهما على المطلوب وعليهما للطالب بسببين مختلفين ، .

(٣٩) محمد ، الجامع الكبير ، ص ١/٩٥ : « وهذا عند محمد بن الحسن أحسن من القول الأول وقال ورجعت اليه ، . على أن الوارد فى الهندية هو القول الأول لمحمد منقولاً عن خزانة المفتين والظهيرية . انظر الهندية ، ج ٢ ، ص ٧٣٣ . وقد أخذت به من بعدها المجاميع انظر المجلة المادة ١٠٩٧ ، ومرشد الخيران المادة ١٧١ .

مثل هذا في حالة رجوع الوكلاء بالشراء بالثمن على الموكل (٤٠).
 ٢٩٩ - ويلاحظ مع ذلك ان دين المقرضين يعتبر ديناً واحداً اذا كان المبلغ المقرض من مال مشترك (٤١) ولو ان عقد القرض لا يعتبر صفقة واحدة عند تعدد المقرضين (٤٢). ذلك ان الاشتراك هنا قد فرضته طبيعة الأشياء، فهو نتيجة حتمية لكون المبلغ المقرض مشتركاً. ان المقرض يرد مثل ما اقترض تماماً فكان من الطبيعي أن يبقى المردود مشتركاً كما كان المأخوذ. ولذلك لا يكون المردود مشتركاً إذا لم يكن المأخوذ كذلك، أى لا يكون الدين واحداً إذا لم يكن القرض من مال مشترك (٤٣). وهذا هو كذلك حكم رجوع الدافعين بأمر المدين: فان دينهم يكون مشتركاً إذا

(٤٠) محمد، الجامع الكبير، ص ٩٥ / ١. والحصيرى، ج ٥: «ولهذا يملكان الرجوع قبل الاداء وأمر أحدهما بالشرى غير أمر الآخر، ألا ترى أنه لو قبل أحدهما الوكالة دون الآخر صح». والهندية، ج ٢، ص ٣٣٧، عن المحيط.
 (٤١) محمد، ص ٣٨٥ / ١: «أو دراهم أقرضاها إياه». والكاسانى ج ٣، ص ٦٥: «ألف بينهما أقرضاها إياه». والزيلعى، ج ٥، ص ٤٥: «بدل القرض من المال المشترك بينهما». وابن عابدين، ج ٤، ص ٦٦٢، س ٣١ والهندية، ج ٢، ص ٣٣٦.

(٤٢) الحصيرى، ج ٥، في باب رجوع أحد الشريكين: «صحة الاقراض من مال كل واحد منهما غير متعلق بصحة الاقراض من مال الآخر، ولهذا لو استقرض من رجلين شيئاً فأقرضه أحدهما صح». وفيما بعد هذه العبارة: «والاقراض إن وجد منهما جملة حقيقة إلا أنه اختلف حكماً... حتى أن رجلين لو أقرضا ألفاً مشتركاً بينهما من رجل قبض المستقرض من نصيب أحدهما دون الآخر صح». (٤٣) الحصيرى، المرجع المشار اليه: «حق المشاركة هنا في المقبوض ما ثبت لمكان الشركة في الدين وإنما ثبت بسبب آخر وهو أن ما قبضه القابض من المستقرض إن كان غير المقبوض حقيقة فهو عين المقبوض حكماً». وفيما بعد:

دفعوا من مال مشترك (٤٤). ذلك أن الدفع هنا هو في الواقع عبارة عن اقراض، فيأخذ حكمه (٤٥).

٣٠٠ — وفي جميع ما تقدم نشأ الدين عن تعاقد. وقد ينشأ كذلك عن ضرر ويكون متعدد، وهو يعتبر ديناً واحداً في الحالة الأخيرة إذا كان الضرر قد

« إذا أدياه لا من مال مشترك بينهما [يكون] القابض قبض الخمس مائة التي هي عين ماله حكماً، ولو قبض الخمس مائة التي هي عين ماله حقيقة لا يكون للآخر أن يشاركه فيه فكذا إذا قبض عين ماله حكماً ».

(٤٤) محمد، الجامع الكبير، ص ١/٩٤ : « إن كان أديا المال عن الغريم جميعاً من مال مختلط بينهما فلكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه... لأنهما كانا شريكين في المال الذي أدياه. فان كانا أديا المال جميعاً معا من مال متفرق... لم يشاركه. وإن كان الغريم قد أمرهما جميعاً أمراً واحداً ». والهندية، ج ٢، ص ٣٤٣ عن المحيط، عن محمد، الجامع.

(٤٥) الحصري، ج ٥ : « لأن الأداء منهما بمنزلة الاقراض من الغريم ». ولذلك قد يمكن القول أن لا اشتراك إذا كان الدين قد نشأ عن مجرد حلول محل الدائن الأصلي بقوة القانون. انظر محمد، الجامع الكبير، ص ٢/٩٥ — ١/٩٦ : « إذا شهد الرجلان على رجل أنه كاتب عبده... وكذلك لو شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده ». والتيسير : « إذا ضمن الشاهدين فلان أقامهما مقامه وملكهما بدل الكتابة، لأنه إن لم يكن المكاتب قابلاً للنقل بالضمان فبدله قابل له قصداً بأن باعه من المكاتب أو حكماً بالارث... كغاصب المدبر إذا قتل في يده خطأ وضمن المولى الغـاصب. فللغاصب تضمين عاقلة القاتل أو تضمين القاتل إن لم يكن له عاقلة لقيام المولى في حق استحقاق قيمة المدبر ». والحصري، ج ٥، في باب رجوع أحد الشريكين : « لما غرما القيمة ملكاً مثل ذلك في ذمة المكاتب والمشتري بطريق القيام مقام المولى والبايع فيما على المكاتب والمشتري من غير تصوير عقد بينهما ». والهندية، ج ٢، ص ٣٤٣.

لحق مالا مشتركاً بين اثنين^(٤٦) أو وقع على نفس مورثهما المشترك^(٤٧).
أما إذا لحق الضرر أموالاً مختلفة مملوكة لجملة أشخاص فلا يكون الدين
واحداً. وقد فسروا ذلك بصريح العبارة أن السبب وهو الجريمة لا يعتبر
واحداً في الحالة الأخيرة ويعتبر كذلك في الحالة الأولى^(٤٨).

(٤٦) محمد، ص ٣٨٩ / ١ : « باب الصلح في الغصب بين اثنين . وإذا
اغتصب رجل عبداً بين اثنين فاستهلكه ... يشركه الآخر فيما أخذ . » ومحمد،
الجامع الكبير، ص ٨٨ / ١ : « جارية بين رجلين ... [يقضى] بالعقر بينهما
نصفين . » وص ٩٦ / ١ : « ان اختار ضمان الغاصبين الأولين رجع الغاصبان
الأولان على الغاصب الآخر بقيمته يوم غصبه منهما ... فاراد شريكه أن يشركه
فيها كان له [ذلك] ، . والكاساني، ج ٦، ص ٦٥، س ٢٤ — ٢٥ : « أو
استهلك الرجل عليهما شيئاً قيمته ألف درهم، والمرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٣ : « قيمة
المستهلك المشترك ، . والزيلعي، ج ٥، ص ٤٥ : « قيمة العين المشتركة المستهلكة،
والحصكفي، ج ٤، ص ٦٦٢ في نهايتها . والهندية، ج ٢، ص ٣٣٦ : « استهلك
لها ثوباً ، . والحصكفي، ج ٥، في باب شركة الرجالين : « العقر وقيمة الولد مشترك
بينهما نصفين لأنه دين وجب لهما بسبب واحد . »

وقارن مع كولان وكايتان، ج ٢، ص ١٧٧ حيث قالوا ان هناك من
الديون ما يكون الدائن فيه متبعداً ويضربان مثلاً لها حالة ما إذا استولى أحد الورثة
على جميع ثمار الأملاك المشاعة أثناء قيام الشيوع فانه يصبح مديناً لكل من الورثة .
(٤٧) محمد . الجامع الكبير : ص ٨٩ / ٢ — ٩٠ / ١ : « اذا كاتب
الرجل عبده فجنا جنابة فقتل رجلاً خطأ وللمقتول وليان ... يقضى لهما عليه بالقيمة
[ويشتركان] ، . وص ٩٠ / ٢ : « ان دفع نصف العبد أو فداه بنصف الدية ثم
حضر الشريك الآخر فله أن يرجع فيأخذ من شريكه نصف ما أخذه ، . وفيما بعد
هذه العبارة : « إذا جنا المدبر جنابة فقتل رجلاً خطأ وله وليان فعلى مولاه قيمته
بينهما نصفين » . والكاساني، ج ٧، ص ٢٤٢، س ٢٤ — ٢٥ .

(٤٨) ففي حالة وقوع الضرر على النفس تقرر النصوص أن هناك جريمتين

٣٠١ — ويلاحظ انه في بعض الأحوال قد يتأخر نشوء الالتزام المتولد عن الجريمة الى يوم صدور الحكم بالتضمنين . وفي هذه الحالات يتطلب الفقهاء شرط توفر الوحدة في الحكم لا في الجريمة . لذلك لا يكون الدين واحداً إذا صدر في هذه الأحوال لكل من الدائنين حكم على التوالي (٤٩) .

لا جريمة واحدة . انظر محمد ، الجامع الكبير ، ص ٩٠ / ١ : « إذا قتل المكاتب رجلين خطأ لكل واحد منهما ولي ... لم يشركه فيه صاحبه لأن الجنايتين كانتا مختلفتين ولم يكونا شريكين في أصل الجناية ، فإذا كانت الجنايتان مختلفتين فإن قضى القاضى بالقيمة جميعاً أو متفرقا فهو سواء . وما أخذ واحد منهما لم يشركه فيه صاحبه ، . والحصيرى ، ج ٥ ، في باب شركة الرجلين : « لا يمكن القول باتحاد الحق لأن أصل الحق الذى تقابله القيمة غير مشترك بينهما فكان كل نصف من القيمة مقابلاً بنفس على حدة ففى لم يكن المبدل مشتركاً بينهما لا يكون البدل مشتركاً ، وكذلك سبب الوجوب مختلف وهو الجناية » . وفيما بعد : « لأن الجنايتين إذا اختلفتا صار لهما موجبان مختلفان والمحل غير مشترك أيضاً ، .

(٤٩) محمد ، الجامع الكبير : الحالة الأولى ، ص ٨٨ / ٢ — ٨٩ / ١ : « جارية بين رجلين ... لا شركة بينهما فى قيمة الولد إلا أن يقضى بها لهما جميعاً ... [لأنه] يصير الولد مالا يوم يقضا بقيمته ، . الحالة الثانية ، ص ٨٩ / ٢ — ٩٠ / ١ : « كاتب الرجل عبده فجنا جناية فقتل رجلاً خطأ وللمقتول وليان ... إن كان القاضى قضى بالدم وأحدهما غائب وقضا للحاضر منهما بنصف القيمة ... ثم حضر الغائب فلا سبيل له على شريكه لأن نصيبه لم يصير مالا ... لأن الجناية إنما صارت مالا بعد القضا فوجب المال لهما متفرقا فلما وجب متفرقا كان ما أخذ أحدهما له خاصة ، . وص ٩٠ / ٢ : « المكاتب لا تكون جنايته مالا حتى يقضى بها والمدبر جنايته مال حين يجنى وإن لم يقض له بها ، . والحصيرى ، ج ٥ ، فى باب شركة الرجلين : « إذا كان سبب وجوب القيمة [قيمة الولد] المنع وأنه يتحقق عند

٣٠٢ — وقد يكون مصدر الالتزام غير الضرر، وفي هذه الحالة لا يكون الدين واحداً إلا اذا كانت طبيعة الأشياء تقضى بذلك كما في القرض . من ذلك أن رجوع المشتريين بالثمن المدفوع بمقتضى عقد باطل لا يكون ديناً مشتركاً الا إذا كانا قد دفعا من مال مشترك^(٥٠) . ولا عبرة هنا بوحدة العقد بالبدية لأن بطلانه يجعله والعدم سواء .

القضا ينظر الى القضا فان وقع دفعة واحدة كانت القيمة مشتركة لاتحاد السبب وإن وقع متفرقا لم يكن مشتركا لاختلاف السبب . . وبعد : « جناية المكاتب . . . تصير ديناً في حقه بأحد [ال] أشياء [ال] أربعة . . . قبل أحد هذه الأشياء . . . يخير المولى بين الدفع أو الفداء . . . فاذا كان حاله موقوفا لا تصير جنايته مالا إلا بالقضا . . . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ — ٣٤٥ .

وانظر أيضاً حالة ثالثة لتأخر نشوء الالتزام وفيها نشأ الالتزام عن ضرر وقد كان هناك عقد بين الطرفين . محمد ، الجامع الكبير ، ص ٨٩ / ٢ : « لو كان المشتريان رجلين . . . واقام رجل البيعة أن الدار داره فقضا عليهما بنقض البناء . . . وقضا [لأحد المشتريين] بنصف قيمة البناء فان قبض الأول أو الآخر من البائع شيئاً من حصته من قيمة البناء لم يشركه فيه صاحبه لأن القضا كان في ذلك مختلفاً . . . فأنما يجب لها المال يوم يقضا لهما به . . . والحصري ، ج ٥ ، في باب شركة الرجلين : « يسلم إلى البائع ويرجع عليه بقيمته مبنياً لأنه لما باع منه فقد ضمن له ببقية البناء إلى الأبد ، فاذا لم يسلم له ذلك صار مغروراً من جهته فكان له أن يرجع عليه بقيمة البناء . . . [و] البناء إنما صار مالا باختيارهما وقضا القاضى لأن لا حق لهما في القيمة قبل ذلك وإنما كان حقهما في البناء قائماً ينتقل إلى القيمة بالقضا . . . وقارن مع المسألة الآتية وقد ذكرها العتابي . ص ١٣٢ : « إذا اشتريا عبداً فوجدا به عيباً فرجع أحدهما بنقصان العيب بحصته لم يشركه الآخر وإن قضى لهما بالرجوع يشتركان . . .

(٥٠) ظهير الدين ، ج ٢ ، ص ٣٥ / ٢ — ٣٦ / ١ : « إن وجدت الجارية

المبحث الثاني — آثار التعدد

٣٠٣ — نستعرض هنا الآثار كما هي على أن نبين طبيعة الالتزام
لمتعدد فيما يلي .

المطلب الأول — آثار التعدد فيما بين الدائنين والمدين

٣٠٤ — لكل واحد من الدائنين أن يطالب بحصته من الدين^(٥١) . وله أن

حرة وقد دفعا الثمن مختلطاً كان للآخر أن يشارك القابض فيما قبض . . والعناني
ص ١٣٢ : « ولو وجد العبد حراً يشركه فيما يقبض لأنه لم يملكه البائع . . والهندية
ج ٢ ، ص ٣٤٠ . عن المنتقى ، عن أبي يوسف .

(٥١) الجصاص ، ج ٣ ، في الشهادات ، ص ١/٣٨٢ : « إنه متى طالب به
[أى بنصيبه] أجبره القاضى عليه . . والكاساني ، ج ٦ ، في الوديعة ، ص ٢١٠
س ٢٤ — ٢٥ : « إذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب
حصته من الدين فإنه يدفع إليه حصته . . وابن قاضي سماوة ، ج ١ ، ص ٥٠ ، س ٥ — ٦ :
« عليه دين لهما فطلب أحدهما حظه بغية البقية يجبر المديون على الدفع . . والهندية
ج ٢ ، ص ٣٤١ : « إذا كان لثلاثة دين مشترك على انسان فغاب اثنان منهم وحضر
الثالث فطلب حصته يجبر المديون على الدفع . عن الصغرى . . والطرابلسي
الفتاوى ، ص ٥٣ : « سئلت عن وريثة لهم دين على زيد وريثوه عن أبيهم فطلب
أحدهم حصته منه حال غيبة سائر الورثة . هل له ذلك الجواب نعم له ذلك نقل
الكفوى مانصه : « ولاحد الشريكين أو لأحد الورثة أن يطلب نصيبه من الدين
المشترك بسبب واحد حال غيبة الباقيين اه معزيا للقنية . .

يتصرف فيها (٥٢) بان يرى المدين منها (٥٣) أو يهبها له (٥٤) أو يصالحه عليها (٥٥) أو يقبل وفاء عنها شيئاً آخر (٥٦). وله أيضاً أن يشترط تأمينات

(٥٢) الكاساني، ج ٦، ص ٦٦، س ٣٢ : « إن نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه .. »

(٥٣) محمد، ص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم ... فأبرأه منها أو حله .. والسرخسي، ج ٢١، ص ٣٨ : « أبرأ عن نصيبه كان صحيحاً .. والعتابي، ص ١٣٢ / ٢ : « ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه جاز .. » والكاساني، ج ٦، ص ٦٦ : « أبرأ الغريم عن حصته جازت البراءة .. »

(٥٤) محمد، ص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فوهب أحدهما حصته للطلوب .. في الهبة يشترط قبول المدين بخلاف الإبراء .. على أن الرأي الذي ساد لا يفرق بين هبة الدين والإبراء منه فلا يحتاج إلى قبول المدين في الحالين .. انظر في هذا الموضوع داود الخطيب .. الفتاوى الغياثية، ص ١٣٧ .. والسندی ج ٩، ص ١ / ٤ :

(٥٥) محمد، ص ٣٨٤ / ٢ : « لرجلين على رجل ألف درهم ... فصالحه أحدهما من حصته على عبد وقبضه فهو جائز .. » وص ٣٨٥ / ١ : « إذا كان لرجلين على رجل كره حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم على أن أبرأه من حصته من ذلك فهو جائز .. » وأيضاً : « إذا كان لرجلين على رجل كره حنطة جيد ... لو كان صالح منه على كره شعير وقبضه كان جائزاً .. » وص ٣٨٩ / ١ — ٣٨٩ / ٢ : « إذا اغتصب رجل لرجلين طعاماً فغيبه عنهما ثم صالح أحدهما على دراهم أو دنائير أو شيء مما يكال أو ثمر أو شيء مما يوزن زيت أو سمن ... فإن الخيار في ذلك إلى المصالح إن شاء أدخله فيما قبض وإن شاء أعطاه ربع الكره الغصب .. » والجصاص، ص ٣٨٢ / ٢ : « أن أحدهما إذا صالح من نصيبه على ثوب جاز .. » والكاساني، ج ٦، ص ٦٦ : الصلح هنا هو قبول شيء مختلف عن موضوع الالتزام وقيمه أقل .. انظر محمد ص ٣٨٩ / ١ : « صالحه على ثوب ... كذلك كل عرض ... أو حيوان ... ما خلا

للوفاة بها (٥٧) أو يقبل الحوالة على آخرها (٥٨) .

الدنانير والدرهم . . والزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٦ : « والمصالح عليه ... خلاف جنس الدين » .

(٥٦) قد تشكل العملية في صورة بيع . انظر محمد ، ص ٢/٣٨٤ : « لو اشترى بحصته عبداً وقبضه كان جائزاً » . وص ١/٣٨٥ : « [لرجلين على رجل كر حنطة] لو كان باع حصته من الطعام بعشرة دراهم » . والقسدوري ، في الصلح ، ص ٦٧ : « اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة » .

أو في صورة اجارة أشياء . محمد ، ص ٢ / ٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل خمس مائة درهم فاستأجر أحدهما بحصته منها داراً من الغريم سنة وسكنها فهذا بمنزلة القبض » .

أو في صورة اجارة أشخاص . محمد ، ص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل مائة درهم فصالحه أحدهما من حصته على خدمة عبد سنة أو خدمته شهراً وعلى أن يزرع أرضاً في سنة فزرعها فهو جائز » .

أو في صورة عقد نكاح . محمد ، ص ٢ ٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على امرأة ألف درهم وزن سبعة فتزوجها أحدهما على حصته منها فهو جائز » .

أو في صورة خلع . محمد ، ص ٢ / ٣٨٥ : « كذلك لو كان لامرأتين على زوج أحدهما ألف درهم فاختلفت امرأته بحصتها منه » .

(٥٧) كالكفالة . ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٧٥ . وبرهان الدين ، الذخيرة ج ٢ ، ص ٢/٥٨٠ : « لو أن المطلب أعطى أحد الشريكين كفيلاً بحصته ... فلا آخر أن يشاركه فيه » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ : « لو أن المطلب أعطى أحد الشريكين كفيلاً بحصته ... عن الذخيرة » .

أو الرهن . برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص ١ / ٥٨١ : « لو أن المطلب أعطى أحدهما رهناً بحصته » . ورضي الدين ، خط ٦١٣ ، ج ٦ ، ص ٢/٧٠ : « لو ادتهن أحدهما بحصته ... » .

(٥٨) السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٣٨ : « قبل الحوالة بنصيبه على انسان كان صحيحاً » . وبرهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٢/٥٨٠ : « لو أن المطلب ... » .

وقد ينقضى الالتزام بالنسبة لحصة الدائن الواحد فقط جميعها (٥٩) أو بعضها (٦٠) بالمقاصة بينها وبين دين للمدين عليه (٦١).

أحاله والحصيرى ، ج ٣ ، فى الشهادات ، الصفحة ٣٢ من هذا الكتاب :
« لو . . . قبل الحوالة بنصيبه على إنسان كان صحيحا لما أنه يتصرف فى خالص
نصيبه » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ : « أحاله بذلك على رجل » .

وفى العتاني ، ص ١٣٢ / ٢ ، أنه يستطيع أيضاً تخصيص حصته فى حوالة الدين :
« لو استقرضه إنسان فأحال بنصيبه على الغريم » . وقد تنتقل ملكية الحصة عن
طريق الإقرار . انظر السندى ، ج ١٢ ، ص ٤٧٤ / ٢ : « لو أقر بنصيبه من الدين
لإنسان صح إقراره وصار ملكا للقر له » . والزيلعى ، ج ٥ ، ص ٤٨ .

(٥٩) محمد ، ص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم إلى
سنة وقد استقرض أحدهما منه خمس مائة قبل ذلك ثم حل المال لهما عليه فصارت
قصاصا » . وص ٣٨٥ / ١ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم من ثمن بيع
فأقر أحدهما أنه قد كان للمطلوب عليه خمس مائة درهم قبل دينهما فقد برىء المطلوب
من حصته » . وص ٣٨٥ / ٢ : « لو كانت ألف درهم لهما عليه ثم باع أحدهما متاعا
بخمس مائة إلى سنة ثم حلت فصارت قصاصا فهو قصاص » . وص ٣٨٥ / ١ : « أفسد
له متاعا يكون قيمته خمس مائة فانه توى من حصته » . وص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان
لرجلين على رجل ألف درهم فاغتصبه أحدهما خمس مائة فأكلها والآلف حالة فهي
قصاص » .

(٦٠) الشرنبلالى ، غنية ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ : « أو قاصصه [كذا فى الأصل]
عن نصفه بدينه » .

(٦١) إذا مات المدين وكان أحد الدائنين وارثه هل ينقضى الالتزام فيما يتعلق
بحصة الوارث باتحاد الذمة ؟ ليس هناك من شك فى أن الجواب بالنفى ، إذ أن
الوارث لا يسأل عن ديون الميت . غير أن المسألة قد نظر فيها أبو يوسف . فقد
جاء عنه فى غير ظاهر الرواية أن الوارث يتزاحم مع شريكه فى الدين فى حالة عدم
وفاء التركة بالديون . وهذه الرواية وردت فى الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٧ :

ويتضح من ذلك أن لكل دائن حصته في الدين .

٣٠٥ — ولكن هل يستطيع الدائن الواحد أن يمنح للدين أجلا بالنسبة لحصته هو دون غيرها ؟ في فقه (أبي يوسف) و (محمد) (٦٢) له

« و ذكر علي بن الجعد ، عن أبي يوسف ، أنه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتراكا بالحصص لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين . رتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك إلى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والأجنبي سواء . » . ونقلتها الهندية عن الكاساني . انظر ج ٢ ، ص ٣٤١ .

(٦٢) هكذا في محمد ، ص ٣٨٤ / ٢ — ٣٨٥ / ١ . وفي السرخسي : ج ٢١ ، ص ٣٧ . وفي الكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٦ . غير أن المرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ قد ذكر أن هذا هو فقه أبي يوسف وحده . أما محمد فيكون عنده على رأى أبي حنيفة : « لو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالابراء المطلق ولا يصح عندهما . » ومن بعد المرغيناني ، يذكر دائماً الفقهاء أن قول محمد يتفق مع قول أبي يوسف في رواية ولا يتفق في أخرى . انظر الزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٧ : « لو أخر أحدهما نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز ، ومحمد معه في رواية ومع أبي حنيفة في أخرى . » . والباقرتي ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ — ٤٠٥ : « قال صاحب النهاية ، ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف ، وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة . » وقد نسب الشلبي ، ج ٥ ، ص ٤٧ ، هذا التردد في معرفة رأى محمد ، إلى أن هذا الأخير قد أخذ بقول أبي يوسف ، في كتاب الصلح (انظر الفقرة المذكورة فيما بعد ، حاشية رقم ٦٣ ، وهي منقولة عن المخطوط رقم ٢٠٠ قوله بدار الكتب) وأخذ بقول أبي حنيفة في كتاب الشركة من نفس المؤلف : « قال الاتقاني : اعلم أن ذكر الخلاف على هذا الوجه فيه

ذلك^(٦٣) لما أنه يستطيع أن يرى المدين تماماً من حصته فهو بالأولى يستطيع أن يمنحه مجرد أجل^(٦٤).

أما في فقه (أبي حنيفة)^(٦٥) فليس للدائن هذا الحق. وذلك لأن منحه الأجل بالنسبة لحصة الواحد يتعدى أثره حتماً إلى حصص الآخرين فيمنع

نظر لأن قول محمد مع أبي يوسف في سائر الكتب لا مع أبي حنيفة. ثم قال بعد كلام طويل : فعلى هذا يكون ما ذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتي الكتابين كتاب الشركة وكتاب الصلح، ففي كتاب الشركة قول محمد مع أبي حنيفة. وفي كتاب الصلح مع أبي يوسف هـ. قوله وكتاب الصلح أي من الأصل لمحمد رحمه الله وكتب ما نصه قال في معراج الدراية ما ذكره الشيخ من الاختلاف مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط، والأسرار، والایضاح، وغيرها حيث ذكر فيها قول محمد مع أبي يوسف. أما في غير ظاهر الرواية فإن محمداً يقول بصحة الأجل كما ورد في برهان الدين، الذخيرة، ج ٢، ص ٥٨٠/٢. ولا يذكر برهان الدين لأبي يوسف رأياً في المسألة : « في شركة المتقي، ابن سماعة، عن محمد، رجلان لهما على رجل ألف درهم من ثمن عبد أو غير ذلك فأخر أحدهما حصته من ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة وجائز في قول محمد ».

(٦٣) محمد، ص ١/٣٨٥ : « وقال أبو يوسف ومحمد... إذا أخر حصته فتأخيره جائز في حصته ».

(٦٤) السرخسي، ج ٢١، ص ٣٧ : « وجه قولهما أن المؤخر تصرف في خالص نصيبه ». والكاساني، ج ٦، ص ٦٦ : « وجه قولهما أن نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطاً بالابراء. فالتأخير أولى لأنه دونه ».

(٦٥) محمد، ص ١/٣٨٥ : « قال أبو حنيفة إذا كان الدين بين رجلين فأخر أحدهما حصته لم يجز ذلك ».

الدائن منه ولو انه دون الابرأ. (٦٦). أما كيفية تأثر الحصص الأخرى من تأجيل الحصة الواحدة فستظهر لنا عند الكلام عن آثار التعدد فيما بين الدائنين.

على أنه قد يحدث في الواقع أن يكون الدين بالنسبة لحصة الواحد مؤجلاً بينما هو بالنسبة لحصة الآخر مستحقاً (٦٧). وقد ينشأ الدين على هذه

(٦٦) السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٣٨ : « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل كان للتأخير أن يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركاً بينهما والباقي هو ما كان مؤجلاً » .
والحصيري ، ج ٣ ، في الشهادات ، ص ٣٢ من هذا الكتاب : « ولا يمكن أن يجعل تأجيله مصادفاً لنصيبه خاصة » . والزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٨ : « فيه تفويت غرضه بمنعه عن وصول حقه له في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على أحد » .
وبذلك لا يكون الدائن الشريك قد حصل على حقه نهائياً إلا عند حلول الأجل .

(٦٧) ففي حقه أبي حنيفة نفسه يستطيع أحد الدائنين أن يمنح أجلاً إذا رضى بذلك شريكه . انظر الشرنبلالي ، حاشية ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ : « وقال في البرهان تأجيل نصيبه موقوف على رضى شريكه عند أبي حنيفة » .

وأيضاً في حالة ما إذا أقر أحد الدائنين أن الدين نشأ مؤجلاً بالنسبة للكل .
ففي رأى أبي حنيفة يجعل هذا الاقرار حصة المقر مؤجلة وتبقى حصة الدائن الآخر حالة . انظر محمد ، ص ٣٨٥ / ١ : « قال أبو حنيفة إن أقر أحد الشريكين في هذا أن الدين كان إلى سنة وقال الآخر كان حالاً فإن حصة الذي أقر بالأجل إلى ذلك الأجل وحصة الآخر حالة » .

وانظر أخيراً المسألة التي ذكرها العتابي ، ص ١٣٣ / ١ : « ان رده بعيب بقضا عاد الأجل على الغريم و [إن] كان بغير قضا بقي نصيبه على الغريم حالاً والنصف إلى أجل » .

الصورة من مبدأ الأمر (٦٨). فالمحذور إذاً هو التأجيل الصادر من أحد الدائنين رغم ارادة الباقيين .

٣٠٦ — وبالفعل ليس لأحد الدائنين أن يمس حصة الآخرين ، لذلك ليس له أن يطالب بكل الدين (٦٩) .

ولكن يلاحظ هنا أنه تطبيقاً لأحكام الدعوى في فقه (أبي يوسف) و (محمد) (٧٠) يستطيع أحد الدائنين أن يحصل وحده على حكم بجميع

(٦٨) اذ أن لأحد الدائنين أن يقر بأن حصته في الدين نشأت مؤجلة .
السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٣٩ : « أقر أحدهما أن نصيبه مؤجل » . صحيح أن
لا تأثير لهذا الإقرار في فقه أبي حنيفة . غير أن الأجل قد ثبت عن غير طريق
الإقرار أو قد لا يكون محل إنكار .

(٦٩) الحصري ، ج ٣ ، في الشهادات ، ص ٣٧ من هذا الكتاب : « القاضي
... لا يأمره بدفع الكل ولا بالزيادة على النصف » . وابن قاضي سماوة ، ج ١
ص ٥٠ ، س ٣ — ٥ : « دعوى الدين . برهن أن له ولفلان الغائب على هذا ألفاً
فحكم له بنصفه فقدم الغائب فلا يأخذ من الغريم شيئاً إلا أن يبرهن » .

(٧٠) قاضي خان ، ج ٢ ، ص ٣٦٩ — ٣٧٠ : « لو ان رجلين هما علي
رجل ألف درهم هما شريكان فيه والمديون بمحمد الدين فحضر أحدهما فأقام البينة على
دينهما والشريك الآخر غائب ، ذكر في المتقى أن على قول أبي حنيفة يقضى
للحاضر بخمسائة وإذا حضر الغائب كلف إعادة البينة ولا يجعل الحاضر خصماً عن
الغائب في وجه من الوجوه ... وقال أبو يوسف أي الشريكين حضر فهو
خصم عن الآخر ... وقال محمد القياس ما قال أبو حنيفة والاستحسان
ما قال أبو يوسف . . ويقول ابن قاضي سماوة ، ج ١ ، ص ٥٠ أن هناك
كثيراً من التردد بشأن هذا الموضوع : « كان عن أبي حنيفة روايتان ...
وكذا عن أبي يوسف ومحمد روايتان ان محمداً ذكر هذه المسائل في

المبلغ^(٧١) وعلى ذلك يكون الدائتون الآخرون قد استفادوا من الدعوى المرفوعة من شريكهم إذ أنهم لا يكلفون بعد ذلك بإثبات حقهم . وهذا هو غاية ما يترتب على صدور الحكم بجميع المبلغ . أما قبض ما زاد على حصته خاصة فليس من حق الدائن المطالب^(٧٢) .

٣٠٧ — وبناء على ما تقدم إذا دفع المدين لأحد الدائنين جميع الدين فإن وفاءه لا يكون صحيحاً فيما زاد على حصة الدائن القابض . وللدائنين الآخرين مطالبة المدين بأن يدفع اليهم ثمانية ما دفعه من حصصهم^(٧٣) على أن

المبسوط على نمط واحد ان عند أبي حنيفة الحكم للحاضر وعلى الحاضر يقتصر عليه . . و ص ٥١ : « ذكر ... ما يدل على رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة ، وذكر أن محمداً مع أبي حنيفة في ظاهر الرواية . . . والحاصل ... محمد مع أبي يوسف . . على أنه يستخلص من كل هذا التلجلج أن هناك اتجاهًا نحو قبول مبدأ الانابة في جميع أحوال الديون المشتركة . وهذا الاتجاه يظهر منسوباً لأبي يوسف ، في صورة استحسان .

ويلاحظ أن هذه الاختلافات لا أثر لها إذا ما كان الأمر يتعلق بحال الورثة فإن للوارث أن يحصل على حكم بجميع المبلغ على أن لا يقبض إلا نصيبه باتفاق الآراء . انظر قاضي خان ، ص ٣٧٠ : « إلا أن يكون الألف ميراثاً بينهما من شخص واحد . . وابن قاضي سبابة ، ج ١ ، ص ٥١ : « والحاصل أن أحد شريكي الدين خصم عن الآخر في الارث وفاقا . .

(٧١) ابن قاضي سبابة ، ج ١ ، ص ٦١ : « قال أبو يوسف يقضى بنصيبهما . .

(٧٢) ابن قاضي سبابة ، ج ١ ، ص ٥١ : « فلا حاجة إلى إعادة البيئة لو حضر . . والحصيرى : « للقاضي أن يقضى بخصومة الواحد إلا أن الحاضر لا يقبض ... إلا حقه . .

(٧٣) الكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٠ ، س ١٣ — ١٥ : « من استوفى كل الدين

يكون لهذا المدين حق الرجوع على القابض بما دفعه اليه زائداً على حقه (٧٤).

المطلب الثاني — آثار التعدد فيما بين الدائنين

٣٠٨ — تنحصر علاقات الدائنين فيما بينهم في أن لكل منهم أن يرجع على القابض متى قبض ، وهو كما علمنا لا يقبض إلا قدر حصته . وستكلم هنا عن حق الرجوع هذا : أحواله وموضوعه وطرفيه ، ثم عن آثاره ونتائجه البعيدة وتبع هذا بكلمة في تعليل هذا الحق .

١ — احوال الرجوع

٣٠٩ — يرجع الدائنون على الدائن الموفى له ، فيقتسمون معه ما

المشترك بغير إذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ، .

(٧٤) الكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٠ ، الموضع المشار اليه : « ويرجع الغريم على القابض بما قبضه لأنه إنما سلم اليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع ، . والحصري ، ج ٥ ، كتاب الشركة : « لو قبض أحد الشريكين بنفسه جميع الدين ثم ان الآخر رجع بحصته على الغريم كان للغريم أن يرجع بذلك على القابض ، .

وقد يرجع عليه أيضاً شريكه في الدين . الكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٠ ، ص ١٦ : « ان أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه ، . وكثيراً ما افترضت النصوص هذه الحالة . انظر العتابي ، ص ١/١٣٣ : « لو اشترى من الغريم بجميع الدين صار مستوفياً كله وضمن النصف لشريكه ، .

أخذه (٧٥) ولو كان لم يأخذ إلا بعض حقه (٧٦).
على أنه يشترط دائماً أن يحصل وفاء أو ما يقوم مقام الوفاء بحيث تكون
ذمة الدائن المالية قد دخلتها زيادة (٧٧).

ولذلك لا يكون هناك رجوع إذا كان الدائن قد أبرأ المدين أو وهبه
نصيبه (٧٨). وإذا كان الأبراء جزئياً يقسم المبلغ المقبوض وفقاً للنسبة

(٧٥) المرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٢ : « إذا قبض أحدهما شيئاً فلصاحبه أن
يشاركه في المقبوض ». والهندية، ج ٢، ص ٣٣٦ : « قبض أحدهما نصيبه ...
فلآخر أن يشركه، عن السراج الوهاج ».

(٧٦) القدوري، ص ٦٧ : « إذا استوفى [أحدهما] نصف نصيبه من الدين
كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض ». والمرغيناني، البداية، ج ٧، ص ٤٠٣، نفس
هذا النص. والهندية، ج ٢، ص ٣٣٦ : « قبض أحدهما نصيبه أو بعضه، فلآخر
أن يشركه، عن السراج الوهاج ».

(٧٧) الكاساني، ج ٦، ص ٦٧ : « إذا لم يكن مستوفياً للدين لم يكن له
المشاركة إذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى ». « من شرط وجوب الضمان عليه
أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ». « ما لا يقبل القسمة هنا هو ما لا يعتبر مالا.
انظر السرخسي، ج ٢١، ص ٤٢ : « ليس بمال متقوم ولا يكون مضموناً على أحد
فلا يقبل الشركة ». « مستوفياً شيئاً مضموناً أو شيئاً قابلاً للشركة ». «
ورضى الدين، ج ٦، ص ٢/٧٠ : « إذا لم يحصل له عين مال ينتفع به صار
وجود ما سلم له وعدمه سواء ». « مال عين [أو] عين له حكم المال ».

(٧٨) محمد، ص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فوهب
أحدهما حصته للطلوب أو أبرأه منها أو حلله لم يكن لشريكه عليه ضمان في ذلك ». «
ورضى الدين، ج ٦، ص ٢/٦٩ : « لو وهب أحدهما نصيبه من الغريم أو أبرأه
منه لم يضمن لشريكه شيئاً لأن الأبراء إسقاط وليس بقبض لنصيبه ». والكاساني،

الجديدة بين الحصص (٧٩) .

٣١٠ — أما إذا كان المدين قد أوفى بمقابل لا بمحل الالتزام نفسه فإن الرجوع لا يجوز إلا إذا كان ما حصل عليه الدائن ذا قيمة مالية ، كما لو اتخذ الوفاء بمقابل صورة عقد البيع^(٨٠) أو عقد الإجارة سواء منها إجارة الأشياء

ج ٦ ، ص ٦٦ : « ولا يضمن لشريكه شيئا لأنه لم يقبض شيئا من الدين بل أتلف حصته لا غير » . والمرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ .

على أن العتابي قد ذكر أن أبا يوسف يقول هنا بالرجوع . انظر ص ١٣٢ / ٢ : « لو أبرأه أحدهما من نصيبه جاز وضمن لشريكه عند أبي يوسف » . ولكن هذا القول يتنافى مع قواعد ثابتة ولا أثر له عند جمهور الفقهاء .

(٧٩) محمد ، ص ٣٨٥ / ١ : « لو صالحه على مائة درهم على إبراء مما بقي من حصته بعد قبض المائة أو قبل قبضها كان جائزا ولشريكه أن يرجع عليه بخمسة أسداس المائة من قبل أن له على المطلوب خمس مائة وليس لشريكه إلا مائة » . ورضي الدين . ج ٦ ، ص ٩٦ / ٢ : « لو أبرأه أحدهما عن مائة والدين ألف ثم خرج شيء من الدين اتسماه بينهما على قدر حقهما على الغريم وذلك تسعة لاساكت خمسة وللمبرئ أربعة لأن الحق عاد إلى هذا القدر ، وكذلك أن أبرأه بعد القبض قبل القسمة » . والعتابي ، ص ١٣٢ / ٢ . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٦ . والمرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ .

(٨٠) محمد ، ص ٣٨٤ / ٢ : « قال أبو يوسف ومحمد ، لو اشترى بحصته عبدا وقبضه كان جائزا وكان لشريكه عليه ما يتا درهم وخمسون درهما » . وص ٣٨٥ / ١ : « [لرجلين على رجل كر حنطة قرض] لو كان باع حصته من الطعام بعشرة دراهم كان لشريكه أن يضمه ربع الكره » . والسرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤١ : « فيصير هو بطريق البيع والمستوفى بجميع نصيبه لشريكه نصفه » . والقُدوري ، ص ٦٧ : « إذا اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين » .

أو الأشخاص (٨١).

(٨١) محمد ، ص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل خمس مائة درهم فاستأجر أحدهما بحصته منها داراً من الغريم سنة وسكنها فهذا بمنزلة القبض وعليه خمسون ومائتا درهم لصاحبه . . . » من حصته على ... خدمته شهراً وعلى أن يزرع أرضاً في سنة فزرعها فهو جائز وهذا بمنزلة القبض يضمن لشريكه ... لأن هذا منفعة ولا يشبه القصاص والنكاح . . . والسرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤٣ : « استأجر بنصيبه عبداً للخدمة أو أرضاً للزراعة . . . ورضي الدين ، ج ٦ ، ص ١/٧١ : « لو استأجر أحدهما بنصيبه داراً فلشريكه أن يأخذ ربع الدين . . . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « لو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعاً لأن الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فاشبه البيع . . . والمرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٦ : « الاستئجار بنصيبه قبض . . . والهندي ، ج ٢ ، ص ٣٣٩ : « استأجر ... بنصيبه ... يرجع عليه في قولهم ، عن السراج الوهاج . . . » وفي غير ظاهر الرواية أن محمداً قال بغير هذا لأن المقابل في عقد الإجارة ليس بمال عنده فلا يكون الرجوع ممكناً . انظر السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤٣ : « روى ابن سماعة عن محمد أنه قال ... إذا استأجر بحصته من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشئ . وجعل هذا بمنزلة النكاح لأن المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقاً لشريكه . . . والعتابي ، ص ٢/١٣٢ : « لم يضمن لشريكه عند محمد . . . والحصري ، ج ٥ ، في الشركة : « ابن سماعة عن محمد في رجلين لهما على امرأة ألف درهم ثم ان أحدهما تزوجها على حصته منها أو استأجرها أو استأجر منها شيئاً فان شريكه لا يشركه في شئ . . . على أن هذا الرأي لم يسد . انظر السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤٣ : « المنافع مال في حكم العقد وهي بالاستيفاء تدخل في ضمان المستأجر بمنزلة المشتري . . . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة . . . الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فاشبه البيع . . . والكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٦ : « ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها . . »

ولذلك لا يصح الرجوع إذا اتخذ الوفاء بمقابل صورة عقد النكاح (٨٢)
أو الخلع (٨٣) أو الصلح عن جناية (٨٤).

٣١١ — ولما كان الدائن في حالة الصلح يقبض ما هو دون المطلوب

(٨٢) محمد، ص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على امرأة ألف درهم وزن سبعة فتزوجها أحدهما على حصته منها فهو جائز ولا يرجع صاحبه عليه بشئ. لأنه لم يقبض شيئا ». والسرخسي، ج ٢١، ص ٤٢ : « لأنه لم يقبض بحصته شيئا مضمونا يقبل الشركة... ليس بمال متقوم ولا يكون مضمونا على أحد فلا يقبل الشركة ». والكاساني، ج ٦، ص ٦٧ : « ان من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو أبرأها من نصيبه ». والمرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٦ : « الزوج به اتلاف ». والزيلي، ج ٥، ص ٤٧. والشرنبلالي، ج ٢، ص ٤٠٢.

(٨٣) محمد، ص ٢/٣٨٥ : « وكذلك لو كان لأمراةين على زوج أحدهما ألف درهم فاختلفت امرأته بحصتها منه فان شريكها لا يرجع عليها بشئ. لأنها لم تقبض شيئا ». والسرخسي، ج ٢١، ص ٤٣.

(٨٤) محمد، ص ٢/٣٨٥ : « لو صالح من جرح عمد فيه قصاص على نصيبه منه كان جائزا ولا يكون هذا بمنزلة القبض لأنه لم يقبض شيئا وهذا بمنزلة النكاح ولا [رجوع] لشريكه عليه ». والسرخسي، ج ٢١، ص ٤٠. والكاساني، ج ٦، ص ٦٧ : « روى بشر عن أبي يوسف أن أحد الطالبين إذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شئ. لشريكه لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لأن الصالح عن جناية عمد ليس في مقابله بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شئ ». والمرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٦ : « وكذا [أي يعتبر اتلافا] الصلح عليه من جناية العمد ». والزيلي، ج ٥، ص ٤٧ : « لأنه لم يملك شيئا قابلا للشركة بمقابله ».

قيمة فان المقبوض الا لمطلوب يكون محلاً لرجوع من يرجع من الدائنين^(٨٥).
فللدائن الشريك اذاً حق الرجوع على القابض كذلك في حالة الصلح، ولكن
برجوعه هذا يعتبر مقراً للصلح^(٨٦). ولذلك تسرى عليه شروطه فتتخفص
حصته بنسبة انخفاض حصة القابض ويكون قد اشترك في التبرع^(٨٧).

(٨٥) محمد، ص ٣٨٤ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم ...
فصالحه أحدهما من حصته على عبد ... تدفع اليه نصف العبد فان قبله كان بينهما
نصفين ... وان لم يقبل فلا شيء له غير ذلك ». وص ٣٨٥ / ١ : « إذا كان
لرجلين على رجل كر حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم ... دفع اليه
خمس دراهم ». « إذا كان لرجلين على رجل كر حنطة جيد ... لو كان صالح منه
على كر شعير وقبضه كان جائزاً ... ولشريكه أن يشركه فأخذ منه نصف
الكر الشعير ». وص ٣٨٩ / ١ : « إن صالحه على ثوب ... دفع نصف الثوب إلى
شريكه ... وكذلك كل عرض صالحه عليه أو حيوان ... أدخله معه فيما قبض
وان أبي ذلك الآخر لم يكن له شيء ». وص ٣٨٩ / ١ — ص ٣٨٩ / ٢ : « إذا
اغتصب رجل رجلين طعاماً بينهما فغيبه عنهما ثم صالح أحدهما ... أدخله فيما
قبض ». والقُدوري، ص ٦٧ : « إذا صالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه ...
إن شاء أخذ نصف الثوب ». والعتابي، ص ١٣٢ / ٢ : « ان صالح الغريم عن نصيبه ...
أعطاه نصف المقبوض ». والمرغيناني، بداية، ج ٧، ص ٤٠١ — ٤٠٢ : « إذا
كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب ... أخذ نصف
الثوب ».

(٨٦) السرخسي، ج ٢١، ص ٤١ : « مشاركته لا تكون الا بعد رضاه
بقبضه ». وقاضي زاده، نتائج، ج ٧، ص ٤٠٣ : « أخذه النصف دلالة على اجازة
العقد ».

(٨٧) السرخسي، ج ٢١، ص ٤١ : « إن مبني الصلح على الاغماض والتجاوز
بدون الحق فمن حجة المصالح ... أن يقول انما توصلت إلى نصيبي لأنني تجاوزت

ويلاحظ مع ذلك أن للقابض أن يختار الاحتفاظ بالمقبوض له وحده ويكون في هذه الحالة للشركاء حق الرجوع بنصيبهم كاملاً غير منقوص أى بنصيبهم في المبلغ المطلوب لا في الشيء المقبوض وهو دونه قيمة (٨٨) .

٣١٢ — هذا فيما يتعلق بالوفاء بعين الشيء أو بمقابل وأحوال التبرع .

بدون حتى فإن أردت أن تشاركني بما تجوزت به لأدفع اليك نصف ما قبضت .
ومن لا خسرو ، درر ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ : « إذا أئتمناه دفع ربع الدين تضرر به المصالح لأنه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه » .

(٨٨) محمد ، ص ٢/٣٨٤ : « ان شئت أن تدفع اليه مائتي درهم وخمسين درهما فقلت ويسلم لك العبد » . وص ١/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل كره حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم ... فان شاء دفع الى شريكه ربع كره » . « إذا كان لرجلين على رجل كره حنطة جيد ... لو كان صالح منه على كره شعير وقبضه كان جائزاً ... ولشريكه أن يشركه فأخذ منه نصف الكره الشعير إلا أن يعطيه ربع كره حنطة جيد » . وص ١/٣٨٩ : « إذا اغتصب رجل عبداً بين اثنين ... ثم صالح أحدهما من نصيبه على ... ثوب ان شاء أعطاه ربع قيمة العبد » . وص ١/٣٨٩ — ٢/٣٨٩ : « إذا اغتصب رجل رجلين طعاماً .. ان شاء أدخله فيما قبض وان شاء أعطاه ربع الكره الغصب » . والقدروري ، ص ٦٧ : « ان شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين » . والعناني ، ص ٢/١٣٢ : « ان صالح الغريم عن نصيبه ... رجع عليه بنصفه وان شاء أعطاه نصف المقبوض أو نصيبه من الدين » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « له أن يقول أنا أعطيك نصف حقل من الدين لأنه لاحق لك فيما زاد على ذلك » .

وفي رأى منسوب لزفر ، للدائن الشريك أن يطالب في جميع الأحوال بحصته في المبلغ المطلوب كاملة فهو لا يشترك إذا في التبرع . انظر الشلبي ، ج ٥ ، ص ٤٦ : « وعند زفر يلزمه أن يؤدي اليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لأنه صار به قابضاً » .

ولكن الدين قد ينقضى كذلك بالمقاصة ، فما الحكم ؟ وفقاً للبدا الذي وضعناه من وجوب دخول زيادة في ذمة الدائن المالية ، نجد أنه لا رجوع إلا إذا كان دين المدين على الدائن قد نشأ بعد الدين المشترك^(٨٩) . ذلك أن الدائن

(٨٩) وقد ينشأ عن عقد بيع . محمد ، ص ٢/٣٨٥ : « لو كانت ألف درهم لها عليه ثم باع أحدها متاعاً بخمس مائة الى سنة ثم حلت فصارت قصاصاً فهو قصاص وهو ضامن لمساتي درهم وخمسين درهما لشريكه لأنه صار مقبضها أولاً وليس بقاض » .

أو عن عقد قرض . الكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « إذا ... اقترض [أحد الطالبين] منه [أى من المطلوب] شيئاً بقدر نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لأن قدر القرض ... صار قصاصاً بدينه والاقصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصارك أنه استوفى حقه » . وابن البزاز ، ج ٦ ، ص ٣٤ : « لو استقرض أحدهما أو اشترى بعد ثبوت الدين لها يشاركه الآخر » .

أو عن عقد اجارة . السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤٣ : « إذا استأجر أحدهما بخمسمائة ثم أصاب قصاصاً بنصيبه » . ورضي الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٧١ : « لو ... استأجر بخمسمائة رسالة فلشريكه ان يأخذ منه نصف حقه » . والعتابي ، ص ٢/١٣٢ : « لو أطلق ... الاجارة بكذا ثم قاصها بنصيبه ضمن لشريكه لأنه استوفى بالمقاصة » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « استأجر الغريم بخمسمائة رسالة » . والحصيري ، ج ٥ ، في الشركة : « لو ... استأجر منها داراً ثم جعل تلك الخمس مائة قصاصاً فان صاحبه يشاركه » .

أو عن صلح عن جناية . الكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لها المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص . فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزاً وبرئ . من حصه القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة » .

أو عن عقد نكاح . محمد ، ص ٢/٣٨٥ : « لو كان تزوجها الأول على خمسمائة درهم

لا يكون قد حصل على شيء إذا كان ما للدين عليه أسبق في التاريخ، ماله على

ثم قاصها بحصته من الألف أو لم يقاصها كان لشريكه عليه مائتا درهم وخمسون درهماً . . والسرخسي، ج ٢١، ص ٤٣ : « لأنه صار مستوفياً نصيبه بطريق المقاصة، . ورضي الدين، ج ٦، ص ٢/٧١ : « لو تزوجها على خمس مائة مرسلة... فلشريكه أن يأخذ منه نصف حقه... فقد وجب لها على الزوج بالنكاح مثل ماله عليها فالتقيا قصاصاً فصار الزوج مقيضاً نصيبه من الدين، . والعتابي، ص ٢/١٣٢ : « لو أطلق النكاح... بكذا ثم قاصها بنصيبه ضمن لشريكه لأنه استوفى بالمقاصة، . والكاساني ج ٦، ص ٦٧ . والزيلعي، ج ٥، ص ٤٧ .

وفي غير ظاهر الرواية يكون هناك أيضاً مقاصة لا وفاء بمقابل لو ذكر بالعقد أن المهر هو نصيب الدائن ولم يذكر مبلغ معين . انظر السرخسي، ج ٢١، ص ٤٢ : « روى بشر عن أبي يوسف أن للآخر أن يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لأن النكاح إنما ينعقد بمثل تلك الخمسائة... ويكون مالا متقوماً ثم يصير الزوج مستوفياً لنصيبه من الدين بطريق المقاصة لأن آخر الدينين دين المرأة فتصير هي قاضية به نصيب الزوج من الدين، . والعتابي، ص ٢/١٣٢ : « لم يضمن لشريكه عند محمد خلاف أبي يوسف، . والكاساني، ج ٦، ص ٦٧ : « روى بشر عن أبي يوسف أن لشريكه أن يرجع... وروى بشر عنه أيضاً أنه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف . وجه الرواية الأولى أن النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصاً بدينه، . والكفاية، ج ٧، ص ٤٠٦ : « قوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى بشر عن أبي يوسف... وإن كان به لفظاً لكن بمثله معنى فصار كتزويجها بخمسمائة، . وقد أجابوا أن العقد لم ينشأ في هذه الحالة حقاً شخصياً تقع بينه وبين حصة الزوج المقاصة بل إن حصة الزوج قد انتقلت ملكيتها للمدينة على سبيل المهر . انظر رضي الدين، ج ٦، ص ٢/٧١ : « أن النكاح متى أضيف إلى دين في ذمتها تعلق بعين الدين المضاف إليه فصار ذلك الدين ملكاً لها بالنكاح فسقط عنها فلم يصير الزوج مقتضياً للدين، . والكفاية، ج ٧، ص ٤٠٦ : « لأن النكاح متى أضيف إلى دين في الذمة يتعلق بعين المضاف إليه وصار ذلك ملكاً لها بالنكاح... فكان

المدين ، فهو معتبر في هذه الحالة موفياً بما للمدين عليه لا مستوفياً (٩٠) .
وكذلك لا يكون الدائن قد حصل على شيء إذا كان دين المدين قد نشأ
عن عقد تبرع كالكفالة فلا رجوع في هذه الحالة (٩١) . كما لا رجوع أخيراً

بمنزلة الهبة والابراء ، . والزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٧ . والشربلالي ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ :
« والصحيح الأول » .

(٩٠) محمد ، ص ٢/٣٧٥ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم إلى سنة
وقد استقرض أحدهما منه خمس مائة قبل ذلك ثم حل المال لهما عليه فصارت
قصاصاً فان شريكه لا يرجع عليه بشيء . لأنه لم يقبض شيئاً إنما قضى الذي عليه » .
وأيضاً في حالة الدين الناشئ عن جريمة : « إذا أفسد شيئاً قبل أن يكون لهما عليه
دين فاقبض منه حصته فانما قضا ولم يقبض » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ :
« لو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين
فصار ما عليه قصاصاً بما لأحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه
لأنه ما استوفى الدين بل قضى ديناً كان عليه » . والمرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ .
ذلك أن تحليل المقاصة في الشريعة قائم على أنها وفاء دين بدين لا وفاء دينين في آن
واحد . فإذا ما وجد دينان في وقت واحد وتوفرت شروط المقاصة ينقضي الالتزام
السابق في التاريخ . أما الالتزام اللاحق فهو الاداة التي تم بواسطتها الوفاء . فلا
يستطيع الدائن السابق أن يطالب بشيء بعد المقاصة لأن المفروض فيه أنه قد حصل
وفاء بين يديه ولا يستطيع الدائن اللاحق أن يطالب بشيء لأن المفروض أنه قد تنازل
عن حقه . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « الاقتصاص استيفاء الدين من حيث
المعنى فصار كأنه استوفى حقه » . والسرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤٠ : « إن آخر الدينين
قضاء من أولهما لأن القضاء لا يسبق الوجوب » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ :
« الأصل في الدينين إذا التقيا قصاصاً أن يصير الأول مقضياً بالثاني لأنه كان
واجب القضاء قبل الثاني » .

(٩١) برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٢/٥٨٠ : « وفيه [أي في شركة

لو كانت المقاصة قد سببها دين نشأ عن جريمة وقعت على النفس (٩٢) او على المال (٩٣) ولولم تكن مسؤولية الدائن عن هذه الجريمة الا نتيجة تحمل

المتقى [ابن سماعه عن أبي يوسف في الامالى ... وكذلك لو ضمن احد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل صارت حصته قصاصا فلا شيء لشريكه عليه فان قبض من المكفول عنه ذلك لثالث [؟] لم يكن لشريكه أيضاً أن يشاركه في ذلك ، . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ : « في المتقى ، عن أبي يوسف ، لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل صارت حصته قصاصا به ولا شيء لشريكه عليه فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضاً فيشاركه في ذلك كذا في المحيط ، .

(٩٢) محمد ، ص ١/٣٨٥ : « [لا رجوع] لو جنى عليه جناية عمدا دون النفس يكون ارشها خمسمائة ، . والسرخسى ، ج ٢١ ، ص ٤٠ . ورضي الدين ، ج ٦ ، ص ١/٧٠ : « لو جنى عليه جناية يكون ارشها خمس مائة لا يكون لشريكه شيء . لانه وجب للمطلوب على الجاني مثل ما عليه فالتقيا قصاصا فبرى . المطلوب عن حصة الجاني ولا شيء لشريكه عليه لان الجاني وان صار مقتضيا نصيبه من الدين لانه صاحب أول الدينين إلا أنه لم يستفد بهذا الاقتضاء مال عين ولا عين له حكم المال إنما ملك ارشا واجب [؟] دينا في ذمة المطلوب ، وابن البراز . ج ٦ ، ص ٣٤ : « لو ... جنى عليه جناية موجبة للارش حتى سقط الدين لم يكن لشريكه الرجوع ، .

(٩٣) محمد ، ص ١/٣٨٥ : « [لا رجوع لو] أفسد له متاعا يكون قيمته خمس مائة فانه توى من حصته ولا يضمن لشريكه شيئا لانه لم يقبض ، . « متاعا أحرقه بالنار لم ينتفع منه بشيء ، . والسرخسى ، ج ٢١ ، ص ٤٠ : « قال أبو يوسف لا يرجع عليه بشيء لانه متاف لنصيبه بما صنع لا قابض والاحراق اتلاف فيكون هذا نظير الجناية ، . وبرهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٢/٥٨٠ : « في شركة المتقى ... ابن سماعه عن أبي يوسف ، في الامالى ، رجلان لهما على رجل الف درهم فأفسد أحد الرجلين على المطلوب متاعا ... فليس لشريكه أن يرجع

التبعة (٩٤).

ولكن يلاحظ هنا أن الرجوع يصبح جائزاً وفقاً لنفس المبدأ إذا كان

عليه بشيء. . . ورضى الدين، ج ٦، ص ٧٠ / ١ : « لو اتلف عليه متاعاً بأن رمى بالنار على ثوبه لا يرجع شريكه عليه بشيء في رواية أبي سليمان ». وهذه هي الرواية التي نقلناها عن المخطوط رقم ٢٠٠. والزيلي، ج ٥، ص ٤٧ : « لو احرق أحدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضاً عند أبي يوسف... لأن الضمان حصل بالقبض فيستند إليه... بخلاف ما إذا احرقه في يد مالكه من غير قبض ». وابن نجيم، البحر، ج ٧، ص ٢٦٠ : « إتلاف أحدهما متاع المطلوب ». والهندية، ج ٢، ص ٣٣٩.

وقد جاء في الرواية الثانية للمبسوط، أن محمداً يقول هنا بجواز الرجوع. فيكون بذلك قد أخذ بالنتيجة المنطقية لمبدأ انتقال الملك بالتضمن وهو مبدأ لا شك فيه. انظر السرخسي، ج ٢١، ص ٤٠ : « في قول محمد، لأنه بالاحراق صار قابضاً متلفاً للمال ويكون ذلك مضموناً فيكون كالغصب ». ورضى الدين، ج ٦، ص ٧٠ / ١ : « وفي رواية أبي حفص، أن عند... محمد يرجع عليه بربع الدين ». والمرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٦ : « وكذا [أي يعتبر قبضاً] الاحراق عند محمد، خلافاً لأبي يوسف ». والزيلي، ج ٥، ص ٤٧ : « وعند محمد، هو قبض... وجب عليه الضمان فصلاً دينا فالتقيا قصاصاً ». والكفاية، ج ٧، ص ٤٠٦ : « صورة المسألة... ما إذا رمى بالنار على ثوب المديون فأحرقه وأما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك أن يتبع المحرق بالاجماع لأنه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب ». وابن البراز، ج ٤، ص ٣٤.

(٩٤) العتاني، ص ١٣٢ / ٢ : « لو غصب أحدهما من الغريم عبداً فذهب عينه ثم رده... ولم يضمن لشريكه ». والكاساني، ج ٦، ص ٦٨ : « لو ذهبت إحدى عيني العبد بآفة سماوية في ضمان الغاصب فردّه لم يرجع شريكه عليه بشيء لأنه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لأنه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئاً

التضمنين في الجرائم التي تقع على المال قد أدى إلى انتقال هذا المال من ذمة المدين إلى ذمة الدائن (٩٥) .

يخلاف نفس العبد لأنه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه. « لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبداً يبعاً فاسداً وقبضه ... لو ذهبت عينه بآفة سماوية فردّه لم يضمن لشريكه شيئاً ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة ». « وكذلك العبد المرهون إذا ذهبت إحدى عينيه بآفة سماوية . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٩ : « لو ذهبت إحدى العينين بآفة سماوية في ضمان الغصب أو في يد المشتري بشراء فاسد أو في يد المرتهن لم يضمن . كذا في الظهيرية » .

(٩٥) محمد ، ص ٢/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فاعتصمه أحدهما خمس مائة فأكلها والالف حالة فهي قصاص ويرجع شريكه بمائتين وخمسين . » والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « إذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارته قيمته قصاصاً بدينه ... فلشريكه أن يرجع عليه ، والسرخسي ، ج ٢١ ، ص ٤٠ : « لو غصب أحد الشريكين من المديون ما يساوي خمسمائة فهلك في يده فللا آخر أن يرجع عليه بمائتين وخمسين لأنه صار قابضاً بنصيبه مالا مضموناً وضمان الغصب يوجب الملك في المضمون فكأنه استوفى نصيبه . » « لأن المديون يكون قابضاً لنصيبه بطريق المقاصة لأن دينه يكون آخر الدينين . » والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ — ٦٨ : « لو غصب أحد الشريكين من المطلوب عبداً فمات عنده فلشريكه أن يضمه لأنه صار ضامناً لقيمة العبد من وقت الغصب فملك المقتصوب من ذلك الوقت بطريق الظهور والاستناد . » والمرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ . والزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٧ . وانظر رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٧٠ : « وكذلك لو قبض شراء فاسداً فباعه أو اعتقه أو هلك عبده . » والمرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ : « أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض » . والزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٧ .

وانظر في حالة الرهن : رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٧٠ : « لو ارتهن أحدهما بحصته فهلك عنده فلشريكه أن يضمه لأن الرهن استيفاء حكماً . » والعتابي ، ص

٢ - موضوع حق الرجوع

٣١٣ - موضوع الرجوع حصة نسبية في المبلغ المقبوض. والرجوع ينصب على عين القطع التي تسلمها الدائن فلا يستطيع الدائن القابض إبراء ذمته باعطاء قطع أخرى من النقد ولو كانت مماثلة للقطع المقبوضة (٩٦). وكذلك لا يستطيع الدائن أن يطالب القابض إلا بنصيبه في عين القطع المقبوضة لا غيرها (٩٧).

٢/١٣٢ : « وكذا لو ارتهن أحدهما بصيحه وهلاكه ، والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « لو أعطى المطلوب لأحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلتشريكه أن يضعه لأن قبض الرهن قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالأستيفاء حقيقة » .

- (٩٦) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٢ / ٢ : « كان له حق الشركة فيه بعينه » .
ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٨ / ٢ : « كل دين مشترك بين رجلين فإذا قبض أحدهما شيئا منه فلا آخر أن يشاركه في المقبوض بعينه » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٥ : « كان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض أن يمنع عنه بأن يقول أنا اعطيك مثل نصف الدين » . والحصري ، ج ٣ ، في الشهادات ، ص ٣٦ من هذا الكتاب : « ان اختار المشاركة مع القابض يأخذ منه نصف ذلك بعينه وليس للقابض ان يعطيه مثلها ولا ان يعطيه مثل ما لها على المديون » .
وتظهر أهمية المسألة إذا لوحظ ان المدين يستطيع في التشريع الاسلامي إبراء ذمته بتسليم شيء من صنف ارداً أو اجود مادام هذا الشيء والشيء المتفق عليه ينتميان إلى جنس واحد . ولا يغيب عن الذهن ما كان عليه النظام النقدي في البلاد التي نشأ فيها هذا التشريع ، من التعقد .

(٩٧) الحصري ، ج ٣ ، في الشهادات ، ص ٣٦ : « ولا للساكت ان يطالبه بمثل الدين ويترك المقبوض عليه » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٦ : « وكذلك لو

٣١٤ — وقد رأينا أنه في حالة الصالح يكون موضوع الرجوع نصيباً في الشيء المقبوض . ولكن كما قلنا يستطيع القابض أن يتخلص من قسمة الشيء المصالح به ، وذلك بأن يدفع للدائن الشريك حصته النسيية في المبلغ . وفي هذه الحالة الأخيرة لا يكون موضوع الرجوع قطعاً بعينها^(٩٨) كما لا يكون موضوع الرجوع قطعاً بعينها في حالتى المقاصة^(٩٩) والوفاء بمقابل^(١٠٠) . ويلاحظ أنه في حالة الوفاء بمقابل لا يتناول الرجوع بأى حال من الأحوال الشيء المعطى كمقابل ، ذلك ان هذا الشيء يظل مملوكاً للقابض وحده^(١٠١) . ومن

أراد الساكت ان يأخذ من القابض مثلها لا يكون له ذلك إلا برضى القابض ، كذا في الذخيرة .

ولا مانع من التراضى على تسليم نقود بمائة . انظر الحصري : «إلا بالتراضى» . والهندية ، في الموضع المشار اليه .

(٩٨) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ١/٧١ : «المصالح بالخيار ان شاء اعطاه مثل نصف حقه» .

(٩٩) محمد ، ص ٢/٣٨٥ : «لو كانت الف درهم لهما عليه ثم باع أحدهما متاعاً بخمس مائة إلى سنة ثم حلت فصار قصاصاً فهو قصاص وهو ضامن لما تبق درهم وخمسين درهما لشريكه» .

(١٠٠) محمد ، ص ٢/٣٨٤ : «لو اشترى بحصته عبداً وقبضه كان جائزاً وكان لشريكه عليه مائتا درهم وخمسون درهما» .

(١٠١) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ١/٧١ : «لا سبيل له على الثوب» . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : «انه إنما اشترى الثوب بضمن في ذمة الغريم لا بما له في ذمة الغريم ... فصار ما في ذمته قصاصاً بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل» . والمرغينانى ، ج ٧ ، ص ٤٠٣ : «لا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين» .

جهة أخرى لا يستطيع الدائن القابض نفسه فرض حصة من هذا المقابل على شريكه بدلا من نصيبه في الدين ، بخلاف الدائن المصالح إذ أن الدائن المصالح قد قبل ما هو دون حقه تجوزاً وتبرعاً (١٠٢) .

على أنه لا مانع يمنع دون الاتفاق فيما بين القابض وشريكه على اقتسام الشيء المعطى كمقابل للوفاء (١٠٣) .

٣١٥ — ويصبح موضوع حق الرجوع مبلغاً مماثلاً فقط للمبلغ المقبوض إذا تصرف القابض فيما قبض بان دفعه قضاء عن دين أو باعه أو وهبه أو أقرضه (١٠٤) .

والبارقي ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ : « البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لا تنافي ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين في العقود » .

على ان العتاني قد ذكر رأيا مخالفاً . انظر ص ١٣٢ / ٢ : « لو اشترى أحدهما من الغريم شيئا بنصيبه فان شاء الآخر يشاركه فيما اشترى » .

(١٠٢) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٧١ / ١ : « بخلاف الشرى لان مبناه على المما كسة فالظاهر أنه بالشرى استوفى نصف الدين بكامله بالمقاصة » .

(١٠٣) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٧١ / ١ : « إلا أن يجتمعا على الشركة في الثوب فيصير كأنه باع منه نصف الثوب » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « فان اجتمعا جميعا على الشركة في الثوب فهو جائز ... صار كأنه باع نصف الثوب منه » .

(١٠٤) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢٨٣ / ١ : « ان قضاها شريكه رجلا من دين كان له عليه أو وهبها لرجل وقبضها ... يرجع على شريكه بمثل نصف ما قبض » .

ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٩ / ٢ : « يضمن القابض مثل نصفه » . والعتاني . ص ١٣٢ / ٢ : « لو قبض أحدهما نصيبه واقرضه غيره لم يشارك الآخر المستقرض

وفي الوكالة أنه له أن يضمن الشريك القابض نصفه » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٦ :

« فان اخرج القابض عن يده بأن وهبه أو باعه أو قضى دينا عليه ... فلشريكه أن يضمنه نصف ما قبض » .

وكذلك الحال لو انه استهلكه (١٠٥).

٣ - طرفا الرجوع

٣١٦ - الرجوع حق لكل دائن شريك . إلا أنه ليس للدائن الذى دفع لشريكه حصته قضاء عن المدين الرجوع على هذا الشريك (١٠٦). وذلك طبعى إذ لا يعقل أن يدفع ثم يرجع بما دفع . وقد نصوا كذلك على أنه ليس للدائن الذى وصل اليه حقه أن يرجع على شريكه ولو أن الوفاء قد تم لهذا الأخير من صنف أجود (١٠٧). فإن حق الرجوع يكون للدائن الذى لم

(١٠٥) العتاني ، ص ١٣٢ / ٢ : « وان استهلك ما قبض لشريكه نصفه » .
والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « استهلك بوجه من الوجوه فلشريكه أن يضمه نصف ما قبض لانه اتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه » .
وإذا كان الهلاك بقوة قاهرة فالرجوع على ما يظهر غير جائز . انظر الحصري ،
ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٢٧ منها : « لو هلك فى يده قبل المشاركة كان الهلاك على القابض » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٧ : « ان هلك ما قبض الشريك فلا ضمان عليه ويكون مستوفيا وما بقى على الغريم لشريكه ، كذا فى القنية » .

(١٠٦) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢٨١ / ١ : « قال محمد ... قضى شريكه نصيبه ... صح القضاء وان توى ما على الغريم لم يرجع على شريكه بشئ ... »
« ولم يكن له أن يأخذ منه شيئاً مما قضاه » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤١ .

(١٠٧) محمد ، ص ٢٨٥ / ١ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم بختية فأقبض أحدهما منه خمس مائة زيوف لو أخذ الآخر خمس مائة درهم بختية لم يشرك واحد منهما صاحبه فى شيء » . والعتاني ، ص ١٣٢ / ٢ : « لهما على رجل رطب فقضى لاحدهما بقيمة نصيبه لانقطاعه يشاركه الآخر ... فان شاء الشريك أعطاه نصف ما قبض من القيمة أو أعطاه ربع الرطب ولو قبض الثانى نصيبه من الغريم فى الرطب قبل قبض الاول لم يشاركه الاول فى الرطب » .

يقبض لا للقابض ولو كان ما قبضه القابض هو دون ما قبض الآخر في الجودة.

وإذا ما منح الدائن للمدين أجلاً تطبيقاً لمذهب أبي يوسف ومحمد، فلا رجوع له إلا عند حلول الأجل^(١٠٨). وعلى ذلك يكون القابض مضطراً إلى تجديد المطالبة ضد المدين عند حلول الأجل رغم أن نصيبه هو حال^(١٠٩).

٣١٧ — ومن المسلم به أن للدائن التنازل عن حقه في الرجوع ليطالب المدين مباشرة. وتنازله هذا لا رجوع فيه^(١١٠).

(١٠٨) السرخسي، ج ٢١، ص ٣٧ : « يأخذ الآخر حصته ولا يشاركه المؤخر في المقبوض حتى يمضي الأجل فحينئذ يكون له أن يشارك القابض في المقبوض ». والكاساني، ج ٦، ص ٦٧ : « إذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن للذي آخر أن يشركه فيما قبض حتى يحل دينه ».

(١٠٩) السرخسي، ج ٢١، ص ٣٨ : « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه في المقبوض ويكون ما بقي مشتركاً بينهما والباقي هو ما كان مؤجلاً ».

(١١٠) الجصاص، ج ٣، ص ٣٨١ / ١ : « [إذا قضى الغريم] فسلم الآخر فيه لم يكن له مع التسليم حق الشركة ». ورضي الدين، ج ٦، ص ١/٦٩ : « وإن شاء الساكت سلم المقبوض للقابض واتبع الغريم بنصيبه وإذا اتبع الغريم بنصيبه لا يرجع على شريكه بنصف ما قبض ». والحصري، ج ٥، في الشركة، ص ٤٢ منها : « إذا سلم المقبوض للقابض فقد أبطل حقه في المشاركة وله ذلك ولو أراد أن يرجع على شريكه بعد ما سلم لم يكن له ذلك ». وج ٣، في الشهادات، ص ٣٦ منها : « إن سلم للقابض ثم أراد أن يشاركه فيه ليس له ذلك لأن المخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين عليه ذلك ». والمرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٤ : « له أن لا يشاركه ».

ويلاحظ أن التنازل لا يصح إلا إذا كان حق الرجوع قد تولد بالفعل .
أى إذا كان قد حصل وفاء . أما قبل ذلك فالتنازل لا تأثير له إذ لا يكون له
موضوع (١١١) .

واعسار المدين (١١٢) يجعل أيضا التنازل لاغيا (١١٣) . ولكن حق الرجوع

(١١١) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢٨١ / ١ : « البراءة من الحقوق لا يصح إلا
على أحد وجهين إما أن يكون بعد وجوب الحق أو في العقد الموجب له » .
والخفاف ، ص ٢٩ : « لم يأمن أن يسلم ذلك له قبل القبض فاذا قبض شاركه فيما
يقبض » .

(١١٢) الأعسار أو التوى هو في فقه أبي يوسف ومحمد ، حالة المدين الذى
شهر افلاسه . أما عند أبي حنيفة ، فلا يعتبر المدين معسراً إلا إذا مات على هذه
الحال . انظر الحصرى ، ج ٥ ، فى الشركة ، ص ٤٢ منها : « التوى ان يموت الغريم
مفلساً عند أبي حنيفة لا غير وعندهما هذا وان يفلسه القاضى ويحجر عن التصرف » .
والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « توى الذى على الغريم » . وشيخ زاده ، مجمع ، ج ٢ ،
ص ٢٥٠ : « ثم توى نصيبه بأن مات المدينون مفلساً » . وفى هذا المعنى الآخر
أيضا ابن نجم . البحر ، ج ٧ ، ص ٢٦٠ .

(١١٣) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٢ / ١ : « سلمه بعد ذلك على شرط سلامة
النصف الآخر له فتى لم يسلم له ما على الشريك عاد حقه الواجب له بقبض الشريك » .
و ص ٣٨٥ / ١ : « تسليمه انما وقع على شرط سلامة ما على الغريم له » .
ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ١ / ٦٩ : « إذا سلم المقبوض للقابض فقد أبطل حقه فى
المشاركة إلا أن يتوى ما بقى على الغريم » . والعتابى ، ص ١٣٢ / ٢ : « ان سلم
على الشريك ما قبض ثم توى نصيبه على الغريم له ان يرجع على التسليم » . الكاسانى ،
ج ٦ ، ص ٦٦ : « يسلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم له ما فى ذمة الغريم
فاذا لم يسلم بقى حقه فى المقبوض كما كان » . والمرغينانى ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ : « لو
سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لأنه رضى بالتسليم ليسلم

الذى يكون للدائن فى هذه الحالة لا ينصب على عين القطع المقبوضة بل على قطع غير معينة مماثلة لها (١١٤).

٣١٨ — أما الطرف الآخر للرجوع فهو الدائن القابض . ولا يمكن توجيه المطالبة الى غيره ولو كان القابض قد تصرف فى المقبوض . فلا سبيل إذا على الشخص الذى اشترى من القابض ما قبض أو على الشخص الذى أقرضه القابض ما قبض أو وهبه له أو دفعه له قضاء عن دين (١١٥).

له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم . . والزيلعى ، ج ٥ ، ص ٤٦ : « التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي له . »

(١١٤) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢٨٤ / ٢ — ٣٨٥ / ١ : « لو أن أحد الشريكين اقتضى نصيبه أجود من دراهمه فسلم ذلك له صاحبه ... فان توى ما على الغريم كان له أن يرجع عليه بمثل نصف ما أخذ ليس له غير ذلك وان كانت الدراهم قائمة بعينها . . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « ليس له فى هذا الوجه أن يرجع إلى عين تلك الدراهم لأنه سقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما جدد له ضمان آخر بتواء ماله فثبت ذلك فى ذمة القابض كسائر الديون . . » أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه أن يمنعه عنها ويعطيه مثله . . يلاحظ هنا ظهور فكرتى « الحق فى شىء . » و « الحق على شىء . » ، فقد انقلب حق الدائن الشريك شخصيا بعد أن كان عينيا . انظر الحصري ، ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٩ منها : « ان توى والدراهم بعينها قائمة فى يد القابض لم يكن له أن يرجع بعينها لكن القابض بالخيار ... ألا ترى انه لو اقترض ... » . . والزيلعى ، ج ٥ ، ص ٤٦ : « عين تلك الدراهم ... حقه فيها قد سقط ... يعود إلى ذمته فى مثله . » . ومحمد علاء الدين عابدين ، قرة ، ج ٢ ، ص ٢٣٩ : « حقه فيها قد سقط بالتسليم فيرجع بمثله ويكون ما قبضه أخيرا صرفا عما فى الذمة . »

(١١٥) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٣ / ١ : « ان قضاها شريكه رجلا من دين كان له عليه أو وهبها لرجل وقبضها فأراد الشريك الذى لم يقبض أن يرجع بنصفها

٤- آثار الرجوع

٣١٩ - الرجوع يفقد القابض بعض ما قبض. ويترتب على ذلك حق للدائن القابض في أن يطالب المدين من جديد ليعوض عليه ما أفقده الرجوع^(١١٦). هذا ومن ناحية أخرى لا يكون للدائن الذي استعمل حقه في الرجوع، حق مطالبة المدين إلا بما تبقى له من حصته^(١١٧).

ويلاحظ أن ما يحصل عليه أحد الدائنين من المدين بعد الرجوع يكون هو أيضا محلا لرجوع آخر، ويرجع على المدين مرة أخرى بعد ذلك، وهكذا

على الموهوب له أو على الذي قبضها فليس له ذلك ولكنه يرجع على شريكه بمثل نصف ما قبض. . . و ص ١/٣٨٣ - ٢/٣٨٣ : « لم يكن للشريك ... ابطال تصرف القابض في المقبوض . . . ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ١/٦٩ : « ليس للساكت أن يأخذ من في يده . . . والعناني ، ص ٢/١٣٢ : « لو قبض أحدهما نصيبه وأقرضه غيره لم يشارك الآخر المستقرض . . . والحصيري ، ج ٣ ، في الشهادات ، ص ٣٧ منها : « إذا تصرف القابض فيه بأن قضى به ديناً عليه أو وهبه لرجل فلا سبيل له عليه لأنه تصرف في ملكه . . .

(١١٦) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢ / ٦٩ : « إذا قبض منه الساكت كان للقابض أن يرجع به على الغريم . . . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « ما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض ديناً على الغريم . . . والباقرى ، ج ٧ ، ص ٤٠٧ : « الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه فإذا شاركه صاحبه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم . . .

(١١٧) الكنز ، ج ٥ ، ص ٤٦ : « رجعا بالباقي على الغريم . . . والكفابة ، ج ٧ ، ص ٤٠٢ : « ان الشريك إذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه . . .

دواليك^(١١٨). وعلى ذلك لا يأمن أبداً من قبض شيئاً من المدين على ما قبض^(١١٩). وكذلك المدين يبقى مهدداً بمطالبة جديدة ما دام الدائنون جميعهم لم تصل اليهم حقوقهم كاملة .

هـ - نتائج الرجوع

٣٢٠ - يؤدي الرجوع إلى أن الدائن الواحد يحصل لمصلحة الآخرين بعضاً من الدين^(١٢٠). فهم يستفيدون إذا كان ما حصل عليه القابض أجود مما كان مطلوباً^(١٢١). ويستفيدون أيضاً من الوفاء المعجل^(١٢٢)، ومن التأمينات

(١١٨) البابتى ج ٧، ص ٤٠٣ : د لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة .

(١١٩) فيما عدا حالة التنازل عن الرجوع . الكاساني، ج ٦، ص ٦٦ :
« بالتسليم... أجاز تملك القابض لها . »

(١٢٠) المرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٢ : « إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض . » وانظر أيضاً فيما سبق النبعة رقم ٣٠٣ .

(١٢١) رضى الدين، ج ٦، ص ٦٨ / ٢ : « فإذا قبض أحدهما شيئاً منه فلاخر أن يشاركه في المقبوض بعينه وان كان أجود . » والعتابي، ص ١٣٢ / ٢ : « ويشاركه فيما قبض وان كان أجود . » والكاساني، ج ٦، ص ٦٦ . ولا يعتبر هذا وفاء بمقابل بل وفاء للدين . ولو أن الشيء من صنف أجود . انظر الجصاص ، ج ٣، ص ٣٨٢ / ٢ : « في الحكم كأنه هو الدين بعينه وان كان أجود . »

(١٢٢) الكاساني، ج ٧، في المأذون، ص ١٩٦ : « لو كان الدين في الأصل منهما جميعاً مؤجلاً فأخذ أحدهما شيئاً قبل حل الأجل شاركه فيه صاحبه لأنه لما أخذ شيئاً قبل حل الأجل فقد سقط الأجل على قدر المقبوض وصار حالاً فصار المقبوض من النصيبين جميعاً فيشاركه فيه صاحبه كما في الدين الحال . » والحصري، ج ٥، في الشركة : « في العيون، ابن سماءة، عن أبي يوسف، في رجلين لهما على

المعطاة (١٢٣) .

وعلى العكس قد يضار الدائن إذا رجع كما في حالة ما إذا كان القابض قد قبض ما هو أردأ من المطلوب (١٢٤). وقد رأينا أن الدائن الذي يرجع

رجل دين مؤجل فعجل نصيب أحدهما اقتسما نصفين والباقي لهما إلى الأجل لأن الحق لهما فالمقبوض على الحقين والباقي على الحقين لأن نصيب أحدهما لم يتعين .

(١٢٣) بمعنى أن ما يدفعه الكفيل يكون محلاً للرجوع كما لو كان الأصل قد دفعه . انظر ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٧٥ : « ما يؤديه الكفيل يكون مشتركا بينهما كما لو أدى الأصل » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ : « لو أن المطلوب أعطى أحد الشريكين كفلاً بحصته ... فما اقتضاه هذا الشريك من الكفيل ... للآخر أن يشاركه فيه . عن الذخيرة » .

وكذلك الحال إذا كان الدفع قد صدر من الشخص الذي تحول عليه الدين . بالنسبة لحصة الدائن . انظر الهندية . ج ٢ ، ص ٣٤٠ : « [كذا] لو ... أحاله بذلك على رجل فما اقتضاه هذا الشريك ... من الحويل ... عن الذخيرة » . ولكن على عكس ذلك العتاني ، ص ١٣٢ / ٢ : « لو أحالها الغريم ... لو كانت الحوالة متفرقة فلا [يشتركان] » .

(١٢٤) محمد . ص ١/٣٨٥ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم بختية فاقبض أحدهما منه خمس مائة زيوف فصالحه عليها كان لشريكه أن يشركه فيها فيأخذ نصفها ليس له إلا ذلك » . « إذا كان لرجلين على رجل كر حنطة جيد قرض أو ثمن مبيع اشتراه منهما بكر حنطة جيد حال فهو جائز فان صالحه أحدهما على أن أخذ بحصته نصف كر حنطة ردى . فأراد الشريك الذي لم يقبض أن يشاركه فيما قبض فانما له نصف ما أخذ من ذلك الردى . وليس له أن يأخذ جيداً » . ورضي الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٦٨ : « فإذا قبض أحدهما شيئاً منه فللاخر أن يشاركه في المقبوض بعينه وان كان ... اردى » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « وان كان أردأ فقبض الردى عن الجيد جائز لأنه من جنس حقه » .

ينخضع لشروط الصلح الذي قبله القابض وهي بالطبيعة تنطوي على التضحية ببعض الحق (١٢٥).

٦- الاساس القانوني للرجوع

٣٢١ — كيف يفسر أن القابض يقبض حصته دون غيرها من الحصص ويكون مع ذلك عرضة لرجوع باقي الدائنين عليه ؟ (١٢٦).

(١٢٥) انظر النبذة رقم ٣٠٥ . ولا يغرب عن البال ان كلا من الدائنين يحتفظ بجميع حقوقه قبل المدين ، وأنه يستطيع دائماً الحصول على ما هو مطلوب له كاملاً ، ما لم يصبح المدين معسراً فلا يبقى له إلا حق الرجوع . السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٣٩ : « استيفاء نصيبه أو الشراء بنصيبه أو الصلح أو قبول الحوالة ليس فيه اضرار بالشريك » . والحصري ، ج ٣ ، في الشهادات . ص ٣٧ منها : « ولا ضرر على الساكت بنقصان صفة حقه لأن له أن يسلم للقابض ويتبع الغريم بنصف الدين على الوصف الذي كان » .

(١٢٦) وقد استوقف الفقهاء هذا المشكل . انظر قاضي زاده ، نتائج ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ : « ان كان حق الشريك الساكت باقياً في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلاً غير معقول المعنى » . غير أنهم يتبعون في سبيل حله نهجاً « الوفا لهم وهو اعتبار الوجهين ولو كانا متناقضين » . وهم بعد ذلك يبررون بعض الحلول بالاستناد إلى أحد الاعتبارين والبعض الآخر بالاستناد إلى الاعتبار الآخر . فالظاهر أن « التصوير القانوني » لا يتعين خضوعه في صناعة الفقه الاسلامي إلى فكرة « الوحدة » . قارن اهرنج ، في روح التشريع الروماني ، ج ٣ ، ص ٦٣ وما بعدها . وانظر الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢٨٢ / ٢ — ٢٨٣ / ١ : « للمقبوض حكماً هو في حق القابض كأنه نصيبه حتى صار مالكا لجميعه جائز التصرف فيه وفي حق الآخر كأنه هو الدين نفسه في باب ايجاب حق الشركة له في عينه » . والقرة ، ج ٢ ، ص ٢٣٩ :

هل يقال أن القابض لم يقبض نصيبه حقيقة بل نصيب شائع مملوك له ولشركائه؟ (١٢٧) لا يمكن قبول هذا التعليل لأن المقبوض لو كان مملوكا

د ليس بين قوله ملكه مشاعاً كأصله وقوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض مخالفة لأن المقبوض عين الدين من وجه وغيره من وجه كما صرح به في عامة الكتب والاعتبار الأول يقتضى كون المقبوض مشتركاً والاعتبار الثانى يوجب الاختصاص بالقابض فعملنا بالوجهين وقلنا على الوجه الأول انه يكون للاخر ولاية المشاركة وعلى الوجه الثانى انه يدخل فى ملك القابض وينفذ تصرفه .

(١٢٧) فى تأييد هذا التعليل يمكن الاستناد إلى النصوص الآتية : الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٥ : « لأن نصف المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منه » . والحصيرى . ج ٣ ، فى الشهادات ، ص ٣٧ منها : « إذا كان عين حقه حكماً تعلق حكمه به وصار نصفه حقاً له » . والشلبى ، ج ٥ ، ص ٤٥ : « كان المقبوض من الحقين جميعاً » . ومنلا خسرو ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ : « فقبض أحدهما شيئاً منه ملكه مشاعاً كأصله » . وقاضى زاده ، ج ٧ ، ص ٤٠٣ : « ان الظاهر منه أن يكون ما قبضه احد الشريكين فى الدين بدلاً من حقهما معاً لا من حق القابض فقط » . و ٤٠٤ : « الأصل الصحيح ... ان الدين المشترك ... إذا قبض أحدهما شيئاً منه فالمقبوض من النصيبين » . والسندى ، ج ٩ ، ص ٢/٣ : « لو دفع المديون لأحدهما أى لأحد الدائنين فلآخر من الدائنين وهو الذى لم يعطه المديون شيئاً الرجوع على المدفوع اليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذى أخذته حصتى وما بقى على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضاً ان يعطيه شيئاً على أن قضاءه » .

وكذلك يستند إلى النصوص المتعلقة بالتنازل عن حق الرجوع . فقد ورد فيها أن التنازل عبارة عن بيع . فيستدل من ذلك أن الجزء المبيع كان من قبل ملكاً للدائن الشريك . الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٦٦ : « اسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث أجاز مملك القابض لها فسقط حقه عن عينها » . والحصيرى ، ج ٥ ، فى الشركة ، ص ٤٢ :

لجميع لما أمكن القابض التصرف فيه كما رأينا (١٢٨). يضاف الى ذلك أن القابض لا صفة له في حيازة المقبوض عن الغير فهو ليس بوكيل (١٢٩) ولا بمستودع (١٣٠).

٣٢٢ - المقبوض هو إذا ملك القابض خاصة (١٣١). على أن للدائن

« انعقدت المعاوضة بينهما ». « باع نصيبه مما قبض بنصيبه مما بقى دينا ». وانظر مع ذلك فيما يلي التبعة ٣٢٣ ، حاشية ١٤٣ .

(١٢٨) قاضى زاده ، ج ٧ ، ص ٤٠٢ : « لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر ». « ليس له حقيقة المشاركة في المقبوض وإلا نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة ». والحصيرى ، ج ٥ ، في الشركة ، ص ٤٢ : « والمقبوض ملك القابض لما قلنا ولهذا تنفذ تصرفاته فيه وتلزم حتى لا يكون للساكت نقضه » .

(١٢٩) فقد جاء في الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢/٣٨٢ أنه لو كان وكيلًا لما تحمل تبعه هلاك الشيء : « وجب أن لا يجوز له قبضه إلا وقد صار وكيلًا لصاحبه في قبضه ولو كان كذلك لما ضمنه لهلاكه في يده وفي وجوب ضمانه عليه دليل على أنه ليس بوكيل ولا في حكم الوكيل فإن أنه استحق القبض لنفسه لذلك كان المقبوض نصيبه خاصة ». والحصيرى ، ج ٣ ، في الشهادات ، ص ٢٧ منها : « لو هلك في يده قبل المشاركة كان الهلاك على القابض » .

(١٣٠) لنفس السبب . انظر مع ذلك الحصيرى ، ج ٣ ، في الشهادات ، ص ٣٩ منها : « ابتداء القبض يشبه قبض الوديعة في حق الشريك لأن المقبوض هو عين حقه حكما فكان له أن يرجع في عينها » .

(١٣١) الجصاص ، ج ٣ ، ص ١/٣٨٢ : « المقبوض هو نصيب القابض » . و ١/٣٨٣ : « الملك حصل له في المقبوض بتسليط من الدافع » . ورضى الدين ،

الشريك حقاً ثابتاً في الشيء المقبوض^(١٣٢). وبموجب هذا الحق يستحق هذا الدائن الشريك بعضاً مما قبض القابض^(١٣٣) ولو أنه لا يستطيع تتبع المقبوض

ج ٦ ، ص ٦٩ / ١ : « المقبوض كان ملكاً للقابض لأنه خالص ملك الغريم وقد ملكه من القابض قضاء لحقه ، والمرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٢ : « قبل المشاركة باق على ملك القابض ، و ص ٤٠٤ : « انقباض استوفى نصيبه حقيقة ، والحصري ، ج ٥ ، في الشركة ، ص ٤١ — ٤٢ : « المقبوض ملك القابض لأنه كان خالص ملك المديون وقد قضاه » . وج ٣ ، في الشهادات ، ص ٣٧ منها : « قبض ملك نفسه ألا ترى أن القاضي يأمر الغريم بدفع النصف إليه ولو لم يكن ملكاً له لما أمره به ، والبارقي ، ج ٧ ، ص ٤٠٢ : « المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض » .

لذلك تعتبر حصة الدائن الشريك باقية في ذمة المدين . انظر الزياحي ، ج ٥ ، ص ٤٦ : « ان شاء يرجع على الغريم لأن حقه عليه في الحقيقة ، ومنلا خسرو ، ج ٢ ، ص ٤٠٢ : « أخذ الشريك الآخر نصف الدين من غريمه لأنه كان عليه ولم يستوفه فبقى في ذمته » . ولا سيما المرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٣ : « له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه » .

(١٣٢) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٢ / ١ : « للآخر فيه حق الشركة » . ورضي الدين . ج ٦ ، ص ٦٩ / ١ : « للساكت فيه حق المشاركة » . وعبد الحلیم ، حاشية ، ج ٢ ، ص ٣٢٠ : « حسن قوله فله حق ، المشاركة في المقبوض أشار به إلى أنه ليس له حقيقة المشاركة ، قاضي زاده ، ج ٧ ، ص ٤٠٢ : « قال بعض الفضلاء [وهو يقصد سعدی چلبی . انظر ج ٧ ، ص ٤٠١] الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثرمة حقيقتها لا حقها انتهى أقول بل الحق اقحام لفظ الحق لأن الضمير في وله عائد إلى صاحب الشريك القابض في الدين المشترك لا إلى أحد الشريكين في كل شيء . وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض ... وإنما له حق المشاركة فيه » . وانظر القرة ، ج ٢ ، ص ٢٣٩ : « ولاية المشاركة » .

(١٣٣) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٢ / ٢ : « له حق الشركة فيه بعينه » .

بين يدي العير^(١٣٤). فقد رأينا أنه لا يستطيع في حالة انتقال الملكية سوى المطالبة بتعويض^(١٣٥).

هذا الحق هو إذاً حق شبه عيني، فصاحبه ليس له حق ملكية. بل حق في أن يملك^(١٣٦). ولهذا الحق نظائر في الشرع^(١٣٧).

والشلي، ج ٥، ص ٤٥: «كان لشريك أن يأخذ نصف المقبوض بعينه». وانظر رضى الدين، ج ٦، ص ٦٩ / ٢: «إذا قبض منه الساكت كان للقابض أن يرجع به على الغريم لأنه استحق نصف المقبوض منه». وانظر فيما سبق النبذة ٣١٣. (١٣٤) انظر فيما سبق النبذة ٣١٨.

(١٣٥) الجصاص، ج ٣، ص ٢٨٤ / ١. «إنما قلنا أنه يرجع على القابض بمثل نصف المقبوض إذا تصرف فيه ولا يرجع بمثل دينه من قبل أن المقبوض بعينه هو الذي صار مضمونا على القابض... فإذا استهلكه رجع عليه». ورضى الدين، ج ٦، ص ٦٩ / ٢: «يضمن القابض مثل نصفه لأنه أبطل حقه المتعلق به». والكاساني، ج ٦، ص ٦٦: «لأنه أتلّف عليه بما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمّنه».

(١٣٦) فللدائن الشريك أن يتنازل عن حقه، والتنازل عن حق الملكية غير جائز في التشريع الإسلامي. انظر السرخسي، ج ١١، ص ١٠٧: «الابراء إسقاط والعين ليست بمحل له ولا يسقط ملك المالك وإضافة التصرف إلى غير محله لغو». والكاساني، ج ٥، ص ٢٠٣، س ١٤ — ١٥: «لا يجوز الإبراء عن المبيع لأنه عين والابراء إسقاط وإسقاط الأعيان لا يعقل».

(١٣٧) منها: (١) حق المجنى عليه على العبد الجاني. فانه يدفع العبد يصبح العبد مملوكا للمجنى عليه، على أنه إذا تصرف المولى في العبد قبل الدفع ينقلب حق المجنى عليه إلى مجرد تعويض. انظر الكاساني، ج ٧، ص ٢٦٤: «الحكم الأصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع... فيبقى العبد واجب الدفع». وص ٢٦٠: «صيرورته ملكا لهم بالدفع اليهم». وص ٢٦٦: «ولو باعه يعبأ بآثامه ولا يعلم بالجناية فعليه الأقل من قيمة العبد ومن الدية».

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية والقيمة العملية لنظرية الدين المشترك

المطلب الأول - الطبيعة القانونية

٣٢٣ - الدين المشترك قد ورد ذكره في النصوص على أنه ملك

(ب) الحق في الغنيمة . انظر ابن الهمام ، ج ٥ ، ص ٢٢٣ - ٢٢٤ : « الحق [في الغنائم] يثبت عندنا بنفس الأخذ ويتأكد بالاحراز ويملك بالغنيمة وقبل الاحراز الحق ضعيف ... فلا ضمان لما ألتف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال » .

والجصاص ، ج ٣ ، ص ٢٨٣ / ١ : « ان وقع في سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من المسلمين كان ملكا له ولمولاه الأول أخذه بالقيمة فان تصرف فيه الذي وقع في قسمه جاز تصرفه ولم يكن للمولى فسخه وكذلك ما وصفنا والمعنى الجامع بينهما أن حق المولى لا يثبت في العبد المأسور إلا بقبض المسلمين له وحيازتهم إياه في دار الاسلام كما لا يثبت حق الشريك في المقبوض إلا بقبضه فلم يكن للشريك أيضاً ابطال تصرف القابض في المقبوض » .

وفي نطاق القانون العام ، يمكن ذكر حق الزكاة . انظر الدمشقي ، رحمة ، ج ١ ، ص ١٠٣ : « تتعلق الزكاة بالعين ... ولا يزول ملكه عن شيء من المال إلا بالدفع إلى المستحق » .

وانظر في طبيعة هذا الحق ، القرافي ، الفروق (في الفقه المالكي) . فني ج ٣ ، ص ٢٠ - ٢٢ يقول : « من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك هل يعطى حكم من ملك » .

ويجب ألا تنسى من جهة أخرى أن التصرف في الشيء أو هلاكه يؤدي غالباً في التشريع الاسلامي إلى تطهير العين من جميع أسباب الفسخ والابطال . وبذلك تتم حماية حقوق الغير . انظر الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢٨٦ / ٢ : « المريض يقر لوارثه

مشارك فهو إذاً في نظر الفقهاء عبارة عن شيء مملوك للدائنين على الشيوع (١٣٨) .

ولكن قد لاحظ الفقهاء أنفسهم أن الدين ليس بشيء حسي بل هو مجرد معنى في الذهن (١٣٩) ولما كان كذلك كان من المتعذر تصور

بعبد أو يهبه له ثم يموت فيتصرف الوارث فيه قبل نقض الهبة جاز تصرفه لأننا نرجع منه إلى بدل تضمنه وهو القيمة . وكذلك الشريك إذا أبطنا حقه من الدين رجع إلى ضمان المثل . . . وص ٣٨٣ / ١ : « كالموهوب له أنه مالك للهبة وللواهب فيه حق الفسخ » . ورضى الدين السرخسي . ج ٦ . ص ٦٩ / ٢ : « كالمبيع في البيع الفاسد إذا ملكه المشتري من غيره لا ينقض البايع تصرفه ولكنه يضمنه مثله » .

(١٣٨) الكاساني . ج ٦ . ص ٦٥ : « شركة الأملاك ... سواء كانت الشركة في العين أو الدين » . وابن عابدين . ج ٣ . ص ٥١٤ : « قال في الفتح . إن بعضهم ذكروا شركة الأملاك الشركة في الدين فقبل مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعاً ولذا جاز هبته ممن عليه وقد يقال أن الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ... يلاحظ هنا كيف أن فكرة المال المعنوي تلاقي المصاعب لكي تظهر في صورة الحق الشخصي . وسنرى أنها لم تقبل بتاتا في حالة التصرف في المال .

(١٣٩) الدين مجرد معنى . انظر الكاساني . ج ٦ . ص ٦٧ : « هو [أي الدين] اسم للفعل أو لمال حكى في الذمة » . وج ٧ . ص ١٩٦ : « الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال والمال حكى في الذمة وكل ذلك عدم حقيقة إلا أنه أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس لأن كل واحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الأعيان القائمة فيحتاج إلى الاستقراض والشراء بثمن دين فأعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة » . والحصري . ج ٣ . في الشهادات . ص ٢٧ منها : « الدين معدوم لأنه عبارة عن حق المطالبة فالحق بالأموال باعتبار العاقبة لحاجة الناس فإن كل واحد لا يجد ما يشتري به كل ما يحتاج إليه ولو وجد لا يتعين بالاشارة فلا بد من

انقسامه (١٤٠) ، لذلك قالوا بأنه لا ينقسم ونشأ عن ذلك حق

• ايجابه في الذمة ، . والبايرتي ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ : « انه [أى الدين] وصف شرعى ثابت في الذمة ، . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٧٥ : « الدين حكى ، . والكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ : « الدين وصف شرعى في الذمة يظهر أثره عند المطالبة ، . وانظر المرغيناني ، ج ٧ ، ص ٤٠٢ : « مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ، .

(١٤٠) الجصاص ، ج ٣ ، ص ٣٨٠ / ٢ : « القسمة إنما هي افراز الحقوق وتميزها وتميزها في الذمة وافرازه لا يصح ... لأن القسمة لا تتم إلا بالقبض وقبض ما في الذمة غير ممكن ، . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٥ : « لأن معنى القسمة وهو التميز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه القسمة » . وج ٧ ، ص ١٩٦ : « العدم لا يحتمل القسمة ، . والحصري ، ج ٣ ، ص ٢٦ من كتاب الشهادات : « القسمة افراز أحد النصيبين عن الآخر وجمعه في مكان آخر على وجه يمتاز أحدهما عن الآخر وهذا لا يتحقق في الدين قبل القبض لأن كله مجتمع في ذمة المدين فكيف يتحقق الافراز والامتياز » . « القسمة شرعت لا كمال المنفعة ولا يتصور الانتفاع بالدين مادام في ذمة المدين ، . قاضي زاده ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ : « تميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين ، . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٧٥ : « القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما في حيز على جهة وذا لا يتصور في غير العين لأن الفعل الحسى يستدعى محلا حسيا والدين حكى ، . ولما كان الدين غير قابل للنقل ، لأن الشيء المعنوي لا يصح محلا للتصرف ، لم يجوز فقها قسمته . ذلك أن القسمة مبادلة حصة بأخرى . انظر السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٣٨ : « في القسمة تملك كل واحد منهما نصف نصيبه شريكه عوضا عما يملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٥ : « لأن القسمة فيها معنى التملك لأن ما من جزأين إلا واحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تملك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز ، .

والكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ : د لأن في القسمة تملك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضاً عما يملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لأن في ذلك نقلاً للوصف من محل إلى آخر قصدًا والانتقال على الأوصاف محال .

على أن بعض الفقهاء قد لاحظ أن في حالة انقضاء الالتزام بالنسبة لحصة أحد الدائنين تقع القسمة ضمناً . الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢٨١ / ٢ : د إذا سقط حق أحدهما فجائز أن ينفرد حق الآخر خالياً من حق الغير . كذا في حالة الإبراء . أنظر سعدى جلبي ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ : د الإبراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل الإبراء وإلا فكيف تعلق الإبراء بنصيبه خاصة . وفي البارقي ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ : د [القسمة] هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عدى فلا ... تقتضى وجود النصيبين . وقد أجيب بأنه من العبث الكلام عن القسمة في هذه الحالة . أنظر البارقي ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ : د أجيب بأن القسمة تقتضى وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الإبراء بوجود فلا قسمة . د القسمة إفراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضى وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية . على أن القسمة قد وقعت بالفعل . كذلك في حالة المقاصة مع دين سابق . انظر قاضى زاده ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ — ٤٠٥ : د أقول فيه شيء . وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز وليس هنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شيء عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها . وكذلك أيضاً في حالتى الوفاء بمقابل والصلح يقول بعض الفقهاء بوقوع القسمة ضمناً . أنظر الزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٧ : د وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشراء أو صحة المصالحة وكم من شيء يصح ضمناً ولا يصح قصداً . غير أن قاضى زاده ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ قد لاحظ أن لا قسمة هنا ما دام الدائن الشريك يستطيع الرجوع : د لا احتياج عندى هنا إلى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمناً إذ لا وجه للتوهم المذكور أصلاً ... فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم

الرجوع (١٤١).

الا انهم قد لاحظوا من ناحية أخرى انه اذا كان الدين لا يقبل الانقسام على انه دين ، فهو يقبله على انه مطالبة . ونشأ عن ذلك جواز انفراد كل من

قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا ، . حيث كان له أن يضمه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة أن لا سبيل لأحد الشريكين على شيء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة . وتقع القسمة الضمنية أيضا في حالة مجرد الوفاء لأحد الدائنين فان هذا الأخير لا يستطيع بعد هذا الوفاء استعمال حق الرجوع وتصبح حصة الآخر منفردة بين يدي المدين . انظر الحصري ، ج ٣ ، في الشهادات ، ص ٣٣ منها : « اذا استوفى أحدهما لان القسمة هناك باعتبار اختلاف المحال فنصيب المستوفى لم يبق في ذمة المدين » . وتقع أخيراً في حالة التنازل عن حق الرجوع فان القابض يستولى هنا نهائياً على ما قبض وتبقى حصة المتنازل كاملة في ذمة المدين . الحصري ، ج ٥ ، في الشركة ، ص ٤١ : « إذا سلم ... صار ذلك بمنزلة قسمة الدين لتعين نصيب أحدهما وبقاء نصيب الآخر دينا ودخل فيه معنى المعاوضة لان قضية الشركة أن يكون ما قبض مشتركا بينهما وما بقي مشتركا » . وتعتبر جميع هذه الحالات استثناءات لقاعدة عدم انقسام الدين التي بنيت عليها النظرية المشروحة في المتن . وهي لكثرتها تبخس من قيمة النظرية . على أنه لا محل لاعتبارها استثناءات إذا استبعدت هذه النظرية كما سنرى . انظر الحاشية رقم ١٤٣ . هذا وهل يقال أيضاً بوقوع القسمة في حالة ما إذا منح أحد الدائنين أجلاً ؟ انظر ما أثير حول هذا الموضوع من الجدل في البارتى ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ . وقاضى زادة ، ج ٧ ، ص ٤٠٥ . والسندى ، ج ١٢ ، ص ٤٧٤ / ١ — ٤٧٤ / ٢ . ولكن يلاحظ أنه إذا كان الرجوع ممكناً عند حلول الاجل فذلك لان القسمة لم تقع في فقه هذه النظرية .

(١٤١) ذلك أن وفاء حصة معينة لأحد الدائنين لا يمكن اعتباره قسمة . ويقول الفقهاء . أن ما قبض ازيد قيمة مما هو باق في ذمة المدين ، ويجب أن يستفيد من هذا الفضل جميع الشركاء . انظر رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٨ / ٢ : « فلصاحبه أن

الدائنين بالمطالبة بحصته منه (١٤٢).

ولكننا قد رأينا عند الكلام على الأساس القانوني لحق الرجوع أن تصوير الدين المشترك على هذا الشكل لا يتفق والحلول الثابتة (١٤٣).

يتبعه ويشاركه فيما قبض لأن العين أفضل من الدين فهذه الزيادة حصلت بسبب أصل الحق وهو الدين فإذا كان أصل الحق مشتركاً كذا الزيادة فيه بمنزلة الولد والثمره فيشاركه في عين المقبوض حتى يساويه فإن الشركة تقتضي المساواة. وص ١/٦٩ : « العين أفضل من الدين فللساكت أن يشارك القابض في المقبوض حتى يساويه فتكون العين بينهما والدين بينهما تحقيقاً للمساواة ولأنه متى لم يثبت للساكت لمشاركة في المقبوض يؤدي ذلك إلى أن ينفرد أحد الشريكين بالقسمة وأحدهما لا ينفرد بالقسمة. » وص ٢/٦٩ : « لأن الإبراء إسقاط وليس بقبض لنصيبه فلم يزد نصيبه. » والمرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٢ : « أصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمره. » والزيلعي، ج ٥، ص ٤٥ : « المقبوض خير من الدين. » والبارقي، ج ٧، ص ٤٠٢ : « فإلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرها لأن الدين ازداد خيراً بالقبض. »

(١٤٢) لذلك لما أرادوا توجيه صحة الأجل الممنوح طبقاً لفقه أبي يوسف ومحمد، قالوا أن الأجل لا يؤثر إلا في المطالبة بينما الدين يبقى غير منقسم. الكاساني، ج ٦، ص ٦٧ : « قسمة الدين تصرف في الدين والتأخير ليس تصرفاً في الدين بل في المطالبة بالإسقاط. » الأجل يمنع ثبوت المطالبة. وهذه التفرقة بين الدين والمطالبة مألوفة عند الفقهاء.

(١٤٣) انظر فيما سبق نبذة ٣٢١. وهؤلاء الفقهاء أنفسهم إذا ما أرادوا تعليل هذه الحلول لا يلجأون لفكرة الاشتراك في الملك. فيتعين إذا استبعاد هذه الفكرة بصرف النظر عما جاء في تصوير بعض الفقهاء، إذ يلزمنا دائماً نلتس الطبيعة

٣٢٤ — اما الفكرة التي تستمد من الحلول فهي ان الدين المشترك ينقسم فيما بين الدائنين في الواقع . الا أن انقسامه لا يكون مطلقاً ، فهو ينقسم انقساماً مقيداً بما شرعوه من حق الرجوع ، ذلك أن حق الرجوع يوجد بين الدائنين رابطة ذات طبيعة خاصة كما بينا .

واذا نظرنا الى الدين المشترك نظرة عملية وجدنا أن هذه الرابطة التي أوجدها حق الرجوع لا تبقى على الشيء الكثير من اعتبار الالتزام منقسماً . فهي تؤدي بالفعل الى ضرورة اجتماع جميع الدائنين عند المطالبة . ذلك انه مادام لم يجتمع هؤلاء الدائنون لا تكون المطالبة ابدأ مجدية (١٤٤).

القانونية من كنه الموضوع في ذاته . والفقهاء في استعراضهم للموضوع يعتبرون بالفعل الحصة المقبوضة كأنها ملك خالص للقباض ، فجدهم يقولون أن حق الدائن قد انقضى في حالة ما إذا وصل اليه نصيبه . انظر الجصاص ، ج ٣ ، ص ٢/٣٨١ : « ان أحدهما إذا قبض نصيبه فقد سقط دينه » . وإذا كان هو يستطيع بعد الرجوع مطالبة المدين من جديد فذلك لأن حقه قد بعث بعد أن كان قد انقضى . انظر البارتى ، ج ٧ ، ص ٤٠٧ : « وفيه عود الدين بعد سقوطه » . وقد رأينا من جهة أخرى أن فكرة الاشتراك في الملك تهدمها استثناءات عدة (انظر الحاشية ١٤٠) . فقد اضطر الفقهاء إلى افتراض قسمة ضمنية لتفسير انقسام الحصص في الأحوال التي تعزل فيها إحدى هذه الحصص بين يدي أحد الدائنين أو المدين . على أن هذا التفسير غير مقبول ، ذلك أن الانفراد لا يمكن اعتباره قسمة مادام ما يقبضه الواحد يكون محلاً للرجوع . والحصة الباقية لا يمكن اعتبارها ملكاً خالصاً للدائن الشريك إلا إذا وقعت مبادلة ، وقد علمنا أن انتقال ملكية الديون محال . وعلى نقيض ذلك لا تعترضنا صعوبة إذا نحن اعتبرنا الحصة المقبوضة مملوكة للقباض وحده في جميع الأحوال .

(١٤٤) يقارن مع القانون البروسي . انظر سالي ، ص ١٠٨ ، رقم ١١٣ . وسافيني ، ج ١ ، ص ٣٢٠ حيث يشترط المطالبة المشتركة . فقد جاء في سافيني أن حق

المطلب الثاني - القيمة العملية

٣٢٥ - اذا اردنا الحكم على القيمة العملية لنظرية الدين المشترك امكنا أن نقول أن من محاسنها وضع الدائنين جميعاً على قدم المساواة، وهم متساوون في الحقوق، فكان من العدل أن يمنع تفاضلهم. وهذا التفاضل يحدث اذا سبق احدهم الآخر في المطالبة ولم يكن للآخر حق الرجوع، اذ يصبح اعجلهم أوفرهم حظاً. وهو ما يؤخذ على القوانين الحديثة. أما في الشرع الاسلامي فيتحمل الجميع نتائج اعسار المدين، على السواء (١٤٥).

هذا على أن لنظرية الدين المشترك عيوباً (١٤٦) - اذ لا يستطيع الدائن طبقاً لهذه النظرية ان يحصل على حصته في الدين بصورة جدية في حال من الأحوال. فهو دائماً يظل مهدداً بحق الرجوع ولو قبض دون حقه. وقد أشرنا فيما سبق إلى ما في شرط اجتماع الدائنين عند المطالبة من المساوى (١٤٧).

الدائن قبل المدين لا يمكن المطالبة به إلا إذا اجتمع جميع الدائنين على المطالبة كما لو كان الأمر متعلقاً بملك مشترك.

(١٤٥) يقارن مع التشريعات اللاتينية. ففي الدين المشترك يقول ديملومب، ج ٢٦، ص ٨٥، رقم ١١١٠ أنه عند اعسار المدين، بعد الدفع لأحد الدائنين، يتحمل الدائنون الآخرون نتائج هذا الاعسار، ولا يجبر القابض على اعطاء شيء مما قبض. وفي هذا المعنى أيضاً بودرى - لا كاتينري وبارد، ج ٢، ص ٢٤٦، رقم ١١١٢ خامساً.

(١٤٦) توليدو، تحليل نظرية العقود والالتزامات في القانون المدني العثماني، ص ١٥٢ - ١٥٨. فهو يضع نظرية الدين المشترك في عداد مساوى. المجلة.

(١٤٧) ويظهر أن مصلحة الدائن في أن يترك شريكه يقوم بالاجراءات. وقد جاء في بعض النصوص أن الدائن لا يخول حق منع الآجال لكيلا يسوء استعماله.

وقد قام الفقه العملي بمعالجة هذه العيوب فتوصل بما أوجده من الحيل الى مبدأ انقسام الدين فيما بين الدائنين . ولما كانت هذه الوسائل تعالج المبادئ المقررة في الدين المشترك فان دراستها بعد دراسة هذه المبادئ تعتبر تامة لها . وبها يتم تصوير نظرية الدين المشترك تصويراً صحيحاً (١٤٨) .

المطلب الثالث — الفقه العملي (١٤٩)

٢٢٦ — يقرر الدائنون في كتاب أن للدين بالنسبة لكل واحد منهم

بأن يستعمل حقه في الرجوع عند حلول الأجل ثم يمنح غيره وهلم جرا فيتوصل بذلك إلى تحميل شريكه جميع المصاريف . انظر السرخسي ، ج ٢١ ، ص ٣٩ : « يؤخر نصيبه حتى يستوفي الآخر نصيبه فاذا حل الأجل شاركه في المقبوض ثم يؤخر نصيبه مما بقي حتى يستوفي الآخر نصيبه فاذا أجل شاركه في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى تكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى » . ورضي الدين ، ج ٦ ، ص ٧٠ / ٢ : « وعليه بحكم الشركة مؤنة التقاضي في النصف لا في الكل » . والكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٦ : « يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه » .

ويلاحظ خصوصاً أن حق الرجوع من شأنه تكثير الدعاوى . على أن تعاقب الدعاوى من الدائن الواحد لن يغني أبداً عن المطالبة المشتركة ، إذ يبقى دائماً رصيد لا تصل إليه إلا المطالبة المشتركة .

(١٤٨) تعتبر الحيل جزءاً متمماً للتشريع : وكما قد لاحظته أهرنج . ج ٤ ، ص ٢٣٥ و ص ٢٥١—٢٥٢ . تخضع جميع النظم القانونية لنواميس ، منها أن الحاجة لابتداع قواعد جديدة ما دام في الامكان التوصل إلى النتائج المرغوبة بوسائل في متناول التشريع القائم — وقد فعل فقهاء الرومان ذلك بأن وضعوا بجانب ما يجلبه التطبيق الجامد للنظريات القانونية من المصاعب ، طرقاً ووسائل تؤدي إلى تلافئها .

(١٤٩) فهذه الطرق المتتوية تعتبر في الواقع الناحية الحية من التشريع . وهي

سبباً مستقلاً ، فيقوم هذا الاقرار مقام التنازل المعجل عن حق الرجوع ،
ويصبح الدين المشترك بواسطته منقسماً (١٥٠) .

ولكن كيف التخلص من الرجوع اذا كان الدائنون على غير اتفاق ؟
يستوهب الدائن مدينه ثم يرثه من الدين . وقد علمنا انه لارجوع في حالة

بمحاولتها علاج جمود القواعد القانونية تشبه التشريع الپريتورى في روما . غير
أنها لا تعترض صراحة القواعد المقررة بل تسعى إلى التملص منها بواسطة أعمال
قانونية صورية تسمح بالخروج عن دائرة تطبيقها . وهي قد كانت موضوعاً لمؤلفات
مستفيضة وذلك منذ العصر الأول للتشريع . انظر محمداً ، المخارج في الحيل ، طبع
شخت . وتوجد نسخة مخطوطة من هذا المؤلف بدار الكتب تحت رقم ٥٥٠ على
أنها لأبي يوسف . والخصاف ، (متوفى سنة ٢٦١) ، الحيل والمخارج ، طبع شخت .
وسعيد بن علي السمرقندي ، (متوفى سنة ؟) ، جنة الأحكام (انظر كشف الظنون) ،
خط ٣٤ م دار الكتب . على أنه قد طعن في صحة نسبة كتاب في الحيل لمحمد .
انظر السرخسي ، ج ٣٠ ، ص ٢٠٩ .

فالمقصود إذاً بمباراة الفقه العلي ذلك الفقه الذي ينظر نظرة عملية في تطبيق
القواعد على احتياجات العلائق القانونية — على أنه كغيره ثمرة اجتهاد الفقهاء .

(١٥٠) الخصاف ، ص ٣٠ : « إن أراد كل واحد منهما أن ينفرد بحقه فان
قبض واحد منهما من هذا المال شيئاً لم يشركه الآخر في ذلك قال يكتبان كتاباً
بينهما يقران فيه أن كل واحد منهما باع من فلان حصته من العبد أو من العلق
الذي كان بينهما مفرداً في صفقة على حدته وانهما لم يبيعا ذلك العلق من فلان في
صفقة واحدة وأن مال كل واحد وحصته وجبت على فلان مفردة دون حصه
صاحبه ويؤكد الكتاب بذلك فان قبض أحدهما شيئاً لم يشركه الآخر » . بعد هذا
الاقرار لا يكون الرجوع مقبولا . وإذا أراد أحد الدائنين فقط التنازل عن حقه
في الرجوع سلفاً اتبع نفس الطريق . انظر الخصاف ، ص ٢٩ — ٣٠ : « سأل
أحدهما صاحبه أن يسلم له ما قبض من هذا المال حتى يستوفي حصته من ذلك المال

الابراء. أما الوفاء في صورة الهبة فهو بآمن من حق الرجوع (١٥١).

ولم يأمن أن يسلم ذلك له قبل القبض فإذا قبض شاركه فيما يقبض فأراد حيلة حتى يوثق من شريكه فلا يكون له أن يشركه بعد ما يقبض قال الحيلة في ذلك أن يقر المسلم لشريكه أن شريكه فلان باع من فلان حصته من العلق الذي كان بينهما مفرداً . في غير الصفقة التي باع هو فلاناً حصته وأنه ليس له أن يشركه فيما يقبض من فلان من المال الذي بائنهما على فلان وهو كذا وأن حصة فلان من هذا المال وجبت له على فلان مفردة دون حصته فإذا فعل ذلك لم يكن له أن يشركه فيما يقبض ، .

وقد تقع الصورية منذ البداية ، فيظهر الدين المشترك في صورة دين غير مشترك منذ نشوء الالتزام . انظر محمداً ، المخارج ، ص ٦٠ : « قلت وكذلك لو باع رجلان عبداً بينهما من رجل فباع هذا نصيبه بثمان مسمى وهاج الآخر نصيبه بثمان مسمى فقبل المشتري ذلك في كلمة واحدة ثم قبض أحدهما من المشتري شيئاً لم يشركه الآخر فيما قبض قال نعم ، . ويوجد عين هذا النص في المخطوط المنسوب لآبي يوسف . انظر المخطوط رقم ٥٥٠ دار الكتب ، ص ٦١ . ويوجد أيضاً في الخصاف : طبع شخت ، ص ١٨٠ ، مع بعض النقص .

(١٥١) الخصاف ، ص ٢٩ : « إن وهب زيد لعبد الله خمسين ديناراً وقبضها عبد الله منه ولم يجعلها قضاء ثم ان عبد الله أبرأ زيدا من حصته من المال الذي بينه وبين محمد هل يشرك محمد عبد الله قال لا ، . وفي الخصاف أيضاً أن إقرار الدائن بأن ليس له على المدين شيء وان التزام المدين كان صورياً - يقوم مقام الابراء . انظر ص ٢٩ : « يقر عبد الله أن الذي عليه الدين وهو زيد كان أقر له ولمحمد بكذا وكذا ديناراً وأن ذلك إنما كان منه على سبيل الاجاء ولم يكن له على زيد من هذا المال شيء . وأنه قد ضمن لزيد جميع ما يدركه من قبله وأسبابه ويؤكد ذلك فإذا فعل ذلك لم يكن لمحمد أن يشركه في شيء . من ذلك ، . على أن الابراء قد اعتبر أبسط وسيلة . انظر ص ٢٩ : « قلت فما تقول إن لم يقل هذا ولكنه قال قد أبرأت زيدا بما كان أقر لي به من المال الذي بائني واسم محمد عليه فقد أبرأته من

وتتحقق هذه النتيجة عنها اذا حصل الوفاء في صورة بيع بان يبيع الدائن من المدين

حصى من ذلك وهو خمسون ديناراً قال براءته جائزة . . . ويظهر أن الهبة قد تقع لصالح عبد الدائن أو ابنه كما لا تنكشف الصورة . انظر ص ٢٩ : « قال يهب زيد وهو الذي عليه المال لعبد الله ومحمد فيهب لابن عبد الله أو للمملوك له مقدار حصه عبد الله من المال الذي عليه وذلك خمسون ديناراً ويقبل ذلك الموهوب له ثم يقر عبد الله أن الذي عليه الدين وهو زيد . . . » .

وقد أورد جميع الفقهاء الحيلة التي اتخذت شكل هبة بسيطة يتبعها إبراء . انظر السمرقندي ، النوازل ، ص ٢٥٥/٢ : « وسئل نصير ، عن رجلين لهما على رجل ألف درهم فأراد أحدهما أن يأخذ حصته ولا يكون لشريكه عليه سبيل ما الحيلة فيه قال يهب الغريم له مقدار حصته ويقبض ثم يبرئ الغريم من حصته ، . . . والزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٦ : « ولو أراد القابض أن يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض فالحيلة فيه أن يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه ، . . . والحصكفي ، ج ٤ ، ص ٦٦٣ : « وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم قدر دينه ثم يبرئه ، . . . »

والسندی ، ج ٩ ، ص ٢/٣ — ١/٤ : « يهب المديون قدر حصته ويهبه رب الدين حصته كما لو كان جميع الدين لهما أربعين فليهب المديون عشرين لرجل منهما ثم يهب الموهوب له العشرين حصته من الدين فيقول أبرأتك عن العشرين التي لي عليك فعلى هذا لا تبقى للشريك الآخر مطالبة الآخذ فيما أخذه من المديون لأنه لم يقبض منه إلا على سبيل الهبة ، . . . وانظر أيضاً القره . ج ٢ ، ص ٢٤٠ . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٨ ، نقلاً عن قاضي خان ، الفتاوى .

وهذه الحيلة تفيد أيضاً في حالة وقوع الوفاء بمقابل في صورة عقد نكاح — إذا أخذنا بالقول المنسوب لأبي يوسف ، في غير ظاهر الرواية . انظر فيما سبق الحاشية ٨٩ . وقد ورد ذكر استعمال الحيلة في هذه الحالة في محمد . المبسوط ، ص ١٤/٥١ . وفي محمد ، المخارج ، ص ٦٢ : « قلت أرأيت رجلين لهما على امرأة مال وهما شريكان فتزوجها أحدهما على نصيبه من المال الذي عليها هل يشاركه صاحبه فيضمنه نصف ما سمي لها من المهر قال لا ولست آمن عليه أن يضمنه غيرنا قلت فكيف

شيئاً ذا قيمة زهيدة في مقابل مبلغ مساو لحصته في الدين ، ثم يرى المذنب (١٥٢) .
ويرى (الخصاف) ، التوسل ايضاً بالمقاصة ، فهي كالأبراء يتمتع معها الرجوع

الحيلة حتى لا يضمن الزوج لشريكه من الدين شيئاً في قول جميع الناس قال يهب
الشريك الذي يريد أن يتزوج هذه المرأة للمرأة نصيبه مما عليها ثم يتزوجها على
عشرة دراهم وتهب المرأة العشرة التي تزوجها الزوج عليها . . وذكرت ايضاً في
الخصاف ، ص ١٨٣ . وتقع الهبة هنا لاحقة للأبراء .

(١٥٢) السمرقندي ، ص ٢٧٩ / ٢ : « سئل أبو بكر عن رجلين لهما على
رجل مائتي [كذا] درهم فأراد أحدهما أن يأخذ نصيبه ولا يشاركه في ذلك كيف يصنع
قال الوجه في ذلك أن يبيع من المطلوب كفاً من الزيب بمائة درهم ويسلم اليه
الزيب ثم يرثه من نصف دينه القديم ويطالبه بثلث الزيب ولا يكون لشريكه في
ذلك شيء . . . والزيلعي ، ج ٥ ، ص ٤٦ : « يبيع الطالب كفاً من زيب أو نحوه
بقدر نصيبه من الدين ثم يرثه عن الدين ويأخذ ثلث الزيب » . وابن البراز ، ج ٦ ،
ص ٣٤ : « يبيع الدائن من المديون كذا من زيب بمقدار ما يخصه من الدين ثم يرثه
عن نصف الدين القديم ويأخذ منه ثلث الزيب فلا يشاركه فيه لعدم الشركة فيه » . وابن
نجيم ، البحر . ج ٧ ، ص ٢٦٠ : « يبيعه الطالب شيئاً يسيراً بقدر نصيبه ثم يرثه عن الدين
ويأخذ ثلث المبيع » . والحصكفي ، ج ٤ ، ص ٦٦٣ : « أو يبيعه به كفاً من تمر
مثلاً ثم يرثه » . والهندية ، ج ٢ ، ص ٣٣٨ : « رجلان لهما على آخر
ألف درهم أراد أحدهما أن يأخذ نصيبه ولا شركة للآخر فيه قال نصير يهب ...
وقال أبو بكر ، يبيع من الغريم كفاً من زيب مثلاً بمثل ما له عليه ويسلم اليه
الزيب ثم يرثه مما كان له عليه ثم يطالبه بثلث الزيب لا بالدين » . والسندی ،
ج ٩ ، ص ١/٤ : « وقد ذكر الحموي ، تبعاً للخير الرملي ، حيلة أحسن منها وهي
أن يبيع من المطلوب كفاً من زيب بمائة درهم ويسلم اليه الزيب ثم يرثه من
نصف دينه القديم ويطالبه بثلث الزيب فلا يكون لشريكه فيه شيء كما في نوازل
أبي الليث . . . وج ١٢ ، ص ٤٧٦ / ٢ : « يعني يجعل ثلث الثمر بقدر نصيبه
فلم يكن مقتضياً للدين بل أخذاً ثلث المبيع ثم يرثه بايع الثمر وهو الطالب من دينه » .

وفاته أن شرط ذلك وقوع المقاصة مع دين سابق على الدين المشتك (١٥٣) .

المطلب الرابع - التطبيقات

٣٢٧ - تحتوى مجاميع الفتاوى على بعض مسائل في الدين المشترك .

والقرة ، ج ٢ ، ص ٢٤٠ : « يبيعه شيئاً يسيراً ولو كفا من زيب » .
(١٥٣) وهو يسلك لذلك الطريق الآتى : يتوسط شخص ما بين الدائن والمدين ، فيعتبر المبلغ المدفوع قرضاً أقرضه هذا الشخص للدائن بعد أن استقرضه من المدين ، ويكون هذا الشخص بذلك دائناً للدائن ومديناً للمدين . بعد ذلك يحصل المدين على توكيل بقبض دين هذا الشخص على دائته ، ويحصل معه على تصريح بالدفع بالمقاصة بسبب هذا الدين ، فإذا دفع بالمقاصة انقضى الدين المشترك وامتنع الرجوع . ولكن ألم ينشأ دين هذا الشخص الثالث بعد الدين المشترك ؟ فى الواقع لا تمتنع المقاصة هنا حق الرجوع ، خلافاً لما قال الخصاص . انظر ص ٢٨ : « رجلان بينهما مال على رجل من ثمن شئ . باعاه إياه فأراد أحدهما أن يقبض حصته من هذا المال ولا يشركه فيه صاحبه ما الحيلة فى ذلك وهما عبد الله ومحمد قال الحيلة فى ذلك أن يستقرض عبد الله من رجل خمسين ديناراً ثم يقرض الذى عليه المال لعبد الله ومحمد وهو زيد هذا للرجل الذى أقرض عبد الله هذه الخمسين ديناراً خمسين ديناراً فقد صار لزيد على هذا الرجل خمسون ديناراً وصار لهذا الرجل على عبد الله خمسون ديناراً ثم يقول هذا الرجل لزيد قد وكلتك بأن تقبض من عبد الله الخمسين ديناراً التى لى عليه وأجزت أمرك فى ذلك وجعلت لك أن تجعلها قصاصاً بالخمسين ديناراً التى لعبد الله عليك فيقبل زيد الوكالة ثم يقول زيد بعد ذلك جعلت الخمسين ديناراً التى لعبد الله على قصاصاً بالخمسين ديناراً التى للرجل الذى وكلنى وهو فلان على عبد الله فيكون ذلك قصاصاً ولا يشترك محمد وعبد الله من قبل أن زيدا إنما هو مقتضى الخمسين ديناراً وليس بقاض لما عليه فلذلك لم يشترك محمد وعبد الله » .
والتوكيل قد يمنعه الدائن للشخص المتدخل . وفى هذه الحالة ينقضى الدين المشترك بالمقاصة مع ما يكون هذا الشخص مديناً به للمدين . ويمكن توجيهه

على أن الاجوبة لا تباعد قيد أنملة عن المبادئ المقررة . اما المسائل فهي بسيطة (١٥٤) .

الاعتراض عينه إلى هذه الحيلة . انظر الخصاص ، ص ٢٨ — ٢٩ : « قلت فما تقول ان قال عبد الله للرجل الذي أقرضه الخمسين ديناراً لك على خمسون ديناراً ولى على زيد خمسون ديناراً فقد وكلتك بقبض مالى على زيد وأجزت أمرى فيه وجعلت لك أن تجعل الخمسين ديناراً التى لى على زيد قصاصاً بالخمسين ديناراً التى لزيد عليك فقال الرجل قد قبلت هذه الوكالة وقد جعلت ذلك قصاصاً قال يكون قصاصاً ويكون الرجل هو المقتضى [واحب إلى أن يكون زيد هو المقتضى] ولا يكون قاضياً ولا يكون لمحمد أن يشرك عبد الله فى شىء من ذلك » . كذا فى المرجع بما فيه الأقواس . فى الواقع لا تخلو العبارة من الغموض . على أن النص قد روجع ووجد صحيحاً مع بعض الاختلاف اليسير . أما الأصول التى حصلت عليها المضاهاة فى المخطوط رقم ١٥٤ ، وهو معروض بمتحف دار الكتب ويرجع تاريخه إلى القرن الخامس (سنة ٥٤٩٦ هـ) ، انظر ص ٢٠ / ١ — ٢٠ / ٢ . والمخطوط رقم ٣٦٣٩ ج ، وهو محفوظ بمكتبة بلدية الاسكندرية ويرجع تاريخه إلى القرن السادس . والمخطوط رقم ١٠١٧ دار الكتب (انظر ص ٥٠ و ٥١) . ولم يذكر جمهور الفقهاء هذه الحيلة ، على أنها جاءت أيضاً فى كتاب سعيد بن على السمرقندى عن الحيل . انظر جنة الاحكام . كتاب الشركة ، ص ٢٥٠ / ٢ .

(١٥٤) منها مسألة ظهر فيها تطبيق ما سبق بيانه من القواعد . (انظر فيما سبق نبذة ٢٩٥ وما بعدها) لمعرفة هل الدين مشترك أم لا . فتقول الفتوى أن المبلغ المطلوب للورثة بسبب قتل مورثهم خطأ ، يجب اعتباره ديناً مشتركاً بينهم لأنه ناشئ عن سبب متحد وهو فعل القتل . أما إذا كان القتل عمداً ، فتقول الفتوى أن الدين لا يكون مشتركاً ، ذلك أنه فى حالة القتل العمد لا يتولد عن القتل التزام مالى بل مجرد حق القصاص ، أما التعويض المالى فهو ينشأ عن صلح لاحق . ولما كان الصلح فى المسألة المعروضة قد صدر من أحد الورثة دون غيره فان المبلغ المطلوب للوارث الآخر لا يكون سببه الصلح بل الشرع . فالسبب إذاً ليس متحداً ، والدين يكون من أجل

ذلك غير مشترك . انظر الطرابلسي : الفتاوى الكاملة ، ص ١٥٧ : « سئلت عن ولدين قتل أبوهما عمداً فصالح أحدهما القاتل على ألف هل يجوز هذا الصلح وهل يشاركه الآخر في الألف فالجواب نعم يجوز هذا الصلح ولا يشاركه الآخر في الألف وإن كان القتل خطأ يشاركه في الألف لأن الدية وجبت لهما بسبب متحد فصارت مشتركة بينهما وأحد صاحبي الدين إذا صالح عن بعضه كان للآخر أن يشاركه فيما قبض فأما المال في القصاص فوجب بعقد المصالحة وإنما انقلب عن الآخر مالا بعد عقد الصلح اهـ من المحيط . . ويظهر أن المحيط ، قد استقى هذه الحالة من الجامع الكبير . انظر المخطوط رقم ٧٤٠ ، في باب شركة الرجلين .

وهناك مسألة أخرى وردت في نفس المجموعة : يظهر منها أن العقد يجب أن يتم صفقة واحدة لكي يتوفر شرط الوحدة . انظر الطرابلسي ، ص ٥٣ : « سئلت عن شريكين في فرس باعاه معا صفقة واحدة لزيد بثمان معين قبض أحدهما نصف الدين هل للآخر مشاركته فيما قبض فالجواب نعم قال في الدر المختار الدين المشترك بسبب متحد . . . » .

وبالعكس ، لا تقرر الفتوى الآتية صراحة : ما إذا كان العقد قد تم صفقة واحدة أم لا . فإن كون المبيع مشتركاً بين البائعين لا يكفي ، كما رأينا (انظر فيما سبق نبذة ٢٩٥) لجعل دين البائعين مشتركاً . ابن عابدين ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ : « سئل فيما إذا كان لزيد وعمرو بذمة بكر دراهم معلومة ثمن غنم مشترك بينهما قبض زيد من بكر المشتري نصف الثمن ويريد عمرو مشاركته فيما قبض فهل له ذلك الجواب الدين المشترك إذا قبض أحدهما شيئاً منه شاركه الآخر فيه إن شاء أو اتبع الغريم كما في صلح التوير فيسوغ لعمرو ذلك » .

وهناك أيضاً كثير من الإبهام في المسألة التي ذكرها الطرابلسي في ص ٥٣ : « سئلت في رجلين لهما دين على زيد فقبض منه أحدهما جانباً فهل للآخر مقاسمته فيما قبض فالجواب نعم له أن يشاركه فيما قبض كما في نقول الكفوى عن الحانية » .

وفي اسعد المدني الحسيني : الفتاوى الأسعدية ، ج ٢ ، ص ٢٣٨ ، مسألة عملية تبين أن الرجوع يكون مفيداً جداً في بعض الأحوال : « سؤال في رجل

ونرى من جهة أخرى عبارات كتب الشروط^(١٥٥) تؤيد تماماً ما سبق

استدان من رجلين ديناً ثم هرب عن البلد وسافر ثم ان الرجلين ارسلوا خلفه من يأتيهما به والرسول عبد احد الدائنين وجعلا للعبد جعلاً والكراء وكل ما يحتاج اليه دفعاه له فذهب العبد ووجد الرجل وأخذ منه ما وجدته عنده ولم يأت به والحال أن معه كتباً من حكام البلد فلما جاء به ادعى سيد العبد أن جميع ما جاء به عبده يكون له من جملة دينه وينفرد به فهل يكون كله [له] أم يكون بين الرجلين على قدر دينهما أم كيف الحكم افتونا الجواب ليس له أن ينفرد به بل يقتسمانه على قدر دينهما كما صرح في البحر الرائق .

واخيراً ، نجد في الطرابلسي ، ص ٥٣ ، فتوى تقرر بجلاء أن لكل من الدائنين المطالبة بحصته في غيبة الباقي ، والمسألة تفترض حالة الورثة : « سئلت عن ورثة لهم دين على زيد ورثوه من أبيهم فطلب أحدهم حصته منه حال غيبة سائر الورثة هل له ذلك فالجواب نعم له ذلك نقل الكفوي مانصه ولاحد الشريكين أو لاحد الورثة أن يطلب نصيبه من الدين المشترك بسبب واحد حال غيبة الباقي » .

على أن يكون لهم حق الرجوع ، كما تقرر فتوى أخرى واردة في ابن عابدين ، العقود ، ج ٢ ، ص ٦٣ : « سئل فيما إذا كان لورثة رجل دين موروث لهم عنه بذمة زيد فقبض بعضهم قدراً منه ويريد الباقي مشاركة القابض فيه فهل لهم ذلك الجواب اذا قبض احدهم شيئاً منه شاركه الآخر فيه ان شاء او اتبع الغريم كما في التنوير ، من الصلح » .

(١٥٥) علم الشروط فرع من فروع الفقه . وقد عني به الفقهاء الاولون . انظر في محمد ، المبسوط ، مثلاً ، في كتاب المضاربة ، خط ٢٠٠ قوله . والطحاوي ، الجامع الكبير في الشروط ، طبع شخت . والسرخسي ، المبسوط ، ج ٣٠ ، ص ١٦٧ . وقد تخصص فيه بعض الفقهاء وعرفوا باسم اصحاب الشروط او الشرطيين كابي زيد الشرطي ، وهلال بن يحيى . (انظر الطحاوي ، اذكار الحقوق ، ص ٤١) . وأنظر الفتاوى الهندية ، ج ٦ ، ص ٢٤٨ . والكاكي ، الامثلة الشرطية ، خط ٣٨ بدار الكتب .

تقريره من القواعد (١٥٦).

المطلب الخامس — النصوص

٣٢٨ — وردت النصوص المتعلقة بالدين المشترك في مجموعات (محمد) (١٥٧) بكتب الصلح، والشركة، والشهادات. وليس لهذه النصوص أصل

(١٥٦) ففي السرخسي، ج ٣٠، ص ١٨٤: «ان اشترى دارا من ثلاثة نفر لاحد منهم نصفها وللآخرين النصف كتب بعد ذكر الحدود اشترى منهم هذه الدار المحدودة في كتابنا هذا من فلان كذا ومن فلان كذا لان الانصباء قد تفاوتت والحكم يختلف باختلاف ذلك يعنى فيما يستوجب لكل واحد منهم من الثمن». وص ١٧٤ — ١٧٥: «ان كان المشتري منه رجلين ... اهل الشروط يقولون يزيد في هذا الكتاب اشترى منهما صفقة واحدة لان حكم العقد يختلف بالشراء من رجلين في اتحاد الصفقة واختلاف الصفقة». والهندية، ج ٦، ص ٢٩٥: «شراء الدار الموروثة من الورثة البائعين ... هم يبيعون ذلك كله من هذا المشتري صفقة واحدة بالثمن المذكور فيه على أن الثمن بينهم على هذه السهام».

(١٥٧) قد سرد محمد تعاليم أبي حنيفة وأبي يوسف وتعاليمه الخاصة في كتب ستة معتبرة ينبوع الأول للفقهاء الحنفى. وقد تمكنا من الرجوع اليها في مخطوطات دار الكتب.

أما الجامع الصغير، فلم يرد به نص عن الدين المشترك. وأما المبسوط، فقد وردت فيه نصوص في كتاب الصلح. ووردت نصوص أخرى في كتاب الشركة والشهادات من الجامع الكبير. ومسائل المبسوط تختلف عن مسائل الجامع الكبير: أما الأولى فتبين على الأخص آثار الديون المشتركة، على أن بعضها عبارة عن أمثلة للديون المشتركة، وهى الأحوال البسيطة التى يكون الدين فيها مشتركا، وقد ذكرها جميع المؤلفين. أما الثانية فما ورد منها في كتاب الشركة عبارة عن أمثلة لأحوال الديون المشتركة، غير أنها أحوال على شىء من التعقيد. ولم تذكر تلك

في آية أو حديث . وقد جاءت هذه المجموعات^(١٥٨) بمعظم المسائل التي اتت بها المؤلفات التي تلتها^(١٥٩) .

الحالات لا في كتاب الشركة ولا في كتاب الصلح من المؤلفات المعتمدة ، كؤلفات السرخسي ، والكاساني ، والمرغيناني . وقد استقتها مجموعة الفتاوى الهندية ، من الذخيرة ، والظهيرية ، وخزانة المفتين ، وبوجه خاص من المحيط . فقد أورد هذا المؤلف الأخير ، كشأنه في كل موضوع ، مسائل الجامع الكبير تحت عنوان خاص بعد مسائل المبسوط . (انظر المخطوط ٦١٣ بدار الكتب) . وكذلك الأمر في المسائل التي وردت في كتاب الشهادات . وهذه المسائل تبين بعض الأحكام الثانوية للديون المشتركة . فيكون المؤلفون قد اتبعوا في الغالب المبسوط .

أما مسائل الجامع الكبير فهي : (ا) رجوع الكفيلين . انظر الحاشية ٣٩ . (ب) رجوع الوكيلين . انظر الحاشية ٤٠ . (ج) رجوع المأمورين بالدفع . انظر الحاشية ٤٤ . (د) دين المؤجرين . انظر الحاشية ٣٠ . (هـ) دين التعويض الناشئ يوم صدور الحكم . انظر الحاشية ٤٩ . (و) حالة اجازة العقد المنعقد تحت شرط . الحاشية ٢٧ و ٢٨ . (ز) حالة قضاء الدائن الشريك للدين عن المدين . الحاشية ١٠٦ . (ح) الصلح عن جناية الصادر من أحد الورثة لمصلحة الجاني . الحاشية ١٥٤ .

(١٥٨) إذا نحن أحصينا جميع النصوص التي ذكرت في الحواشي السابقة ، وجدنا عدد المسائل المأخوذة عن محمد يتجاوز الأربعين ، هذا مع العلم أن المسائل التي ذكرها الكاساني ، في باب الدين المشترك ، لا تصل إلى هذا العدد . وإن السرخسي ، بعد مضي قرنين من تاريخ وضع المجاميع ، لم يذكر مسألة جديدة واحدة وإن كان يجمي أحياناً برواية جديدة . والمرغيناني ، في الهداية (٥٩٣ هـ) لا يضيف شيئاً إلى الكاساني . وكذلك ابن عابدين (في القرن الثالث عشر الهجري) .

(١٥٩) قد بحثت الكتب المعتمدة في الدين المشترك تارة في باب الصلح إتباعاً لنهج المبسوط . انظر القدوري (المتوفى سنة ٤٢٨ هـ) . والسرخسي (سنة ٤٣٨ هـ) وقاضي خان (٥٩٢ هـ) . والمرغيناني (٥٩٣ هـ) . والنسفي (٧١٠ هـ) . وابن البزاز (٨٢٧ هـ) . والحلي : الملتقى (٩٥٦ هـ) . والغزي ، التوير (٩٩٥ هـ) . وطوراً في

أما باقى المسائل (١٦٠) فهى رواية غير ظاهرة عن واضعى المذهب

باب الشركة إتباعاً لنهج الجامع الكبير . انظر الخصاص (٥٢٦١) . ورضى الدين
السرخسى (٥٥٤٤) . والعنابى (٥٥٨٦) . والكاسانى (٥٥٨٧) . والفتاوى الهندية
(١٠٧٠) . والفتاوى المهدية (١٣١٥) .

ومن الواضح أن هؤلاء الآخرين قد أحسنوا صنعا باستبعاد الدين المشترك
من كتاب الصلح ؛ فهو فى الواقع غريب عنه . وقد خصص البعض كالمرغينانى ،
فصلاً خاصاً لهذا البحث فى كتاب الصلح ، ولكن غالبهم ينتقلون إلى بحث الدين
المشترك بمناسبة مسألة الصلح الصادر من أحد الدائنين الشركاء للدين . وهذه هى
الطريقة التى اتبعها محمد نفسه .

(١٦٠) وهذه المسائل هى : (أ) رجوع المشترين بضمن المبيع إذا وجد
بالمبيع عيب أو استحق المبيع . انظر الحاشية ٣٥ . (ب) رجوع المشترين بالتمن
إذا كان البيع باطلاً . الحاشية ٥٠ . (ج) مسألة اتحاد الذمة . الحاشية ٦١ . (د)
مسألة الوفاء المعجل . الحاشية ١٢٢ . (هـ) مسألة المقاصة فى حالة الصلح عن جناية .
الحاشية ٨٩ . (و) مسألة المقاصة فى حالة الكفالة . الحاشية ٩١ .

وقد جاءت أيضاً عن طريق غير ظاهر الرواية ، حلول جديدة لمسائل قديمة ،
من ذلك : (أ) مسألة الوفاء بمقابل الذى اتخذ صورة عقد إجارة . انظر الحاشية
٨١ . (ب) مسألة الوفاء بمقابل الذى اتخذ صورة عقد نكاح . انظر الحاشية ٨٩ .
وقد جاء حل جديد لمسألة الجريمة التى تقع على شئ مملوك للدين . ولكنه جاء
لا عن طريق غير ظاهر الرواية بل عن طريق رواية أخرى معتبرة للجامع .
انظر الحاشية ٩٣ .

وقد ترد عن طريق غير ظاهر الرواية حلول متفقة مع الحلول التى جاءت
فى ظاهر الرواية . من ذلك مسألة الوفاء بمقابل الذى اتخذ صورة عقد النكاح . فقد
روى الكاسانى أن فى غير ظاهر الرواية ورد عن الطريق عينه رأى لابی يوسف
يتفق ورأيه الوارد فى مجاميع محمد . أنظر الحاشية ٨٩ . والكاسانى ج ٦ ، ص ٦٧ :
« وروى بشر عنه [أى عن أبى يوسف] أيضاً أنه لا يرجع وهو رواية محمد عن

انفسهم^(١٦١). فتكون المسائل غير المنسوبة الى هؤلاء الواضعين في الواقع

أبي يوسف، . وأنظر أيضاً مسألة الاجل في الحاشية ٦٢ . ومسألة الجريمة في الحاشية ٩٣ .
(١٦١) غير ظاهر الرواية هي الرواية التي جاءت في كتب نسبتها لمحمد مشكوك فيها (الكيسانيات والهارونيات الخ) ، أو جاءت في غير كتب محمد ، كالمجرد للحسن بن زياد . وقد تجيء من طرق أخرى في مسائل خاصة قتنسب حينذاك لابن سماعة ، أو لغيره . (انظر قتالي زاده ، الرسالة) . ولا توجد هذه المؤلفات ، وعلى ذلك لا تعرف الرواية الغير ظاهرة الا عن طريق النقل ، فلا يمكن اذا اعتبارها الا بقدر ما يكون المؤلف الذي جاءت على لسانه محل ثقة ، ويعتبر زمنها زمن من جاءت على لسانه .

ففي موضوعنا ، استقت الفتاوى الهندية المسائل الجديدة المذكورة في الحاشية السابقة بعد (ا) و (ب) و (و) عن رضى الدين السرخسى (٥٥٤٤) ، المحيط . ويشير هذا الفقيه الى الحاكم الشهيد (من القرن الرابع) ، المتقى . وهذا المؤلف الاخير لا يوجد ، والمعروف عنه انه اورد كثيراً من الروايات غير الظاهرة (انظر قتالي زاده ، رسالة) . وجميع هذه المسائل على انها قول أبي يوسف . أما المسألتان الواردتان بعد (د) و (هـ) ، فقد ذكرهما الكاساني (٥٥٨٧) ، ونسبهما لابن سماعة (٥٢٣٣) العيون ، والنوادر (انظر الحصري ، ج ٧ ، في الشركة . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ . و ج ٧ ، ص ١٩٦) . على أن القول قول ابى يوسف ، في المسألة (د) وقول محمد ، في المسألة (هـ) . وأخيراً نجد المسألة (ج) قد ذكرها فقط الكاساني (٥٥٨٧) ، ونسبها لعلي بن الجعد (٥٢٣٢) ، على أن القول قول ابى يوسف . أما الحلول الجديدة للمسائل القديمة ، فقد أوردها السرخسى (٥٤٣٨) . ومن بعده ذكرها اكثر المؤلفين . وهي منسوبة لابن سماعة (٥٢٣٣) بالنسبة للمسألة (ا) ولبشر (٥٢٢٨) بالنسبة للمسألة (ب) . والمسألة (ا) قول محمد ، والمسألة (ب) قول ابى يوسف .

أما الحل الذى جاءت به رواية ابى حفص ، فقد ذكره السرخسى ، ومن بعده

يسيرة (١٦٢) .

ويمكن القول اذاً ان النظرية كاملة البناء في مجاميع (محمد) . واذا كان (محمد) . لم يضع مبادئ عامة في «مبسوطه» ، فان الحلول التي وردت فيه تفترض وجودها حتماً . على أن (محمد) نفسه قد جاء بشروح نظرية في مؤلفه «الجامع الكبير» .

غيره من المؤلفين . وقد أورد رضى الدين هذه الرواية واورد معها رواية ابى سليمان . والاعتماد على هذه الاخيرة . (انظر رضى الدين السرخسى، المحيط، ج ٦ ، ص ١٧٠ . وانظر قتالى زاده، الرسالة) .

(١٦٢) هى على وجه أخص الحيل التي تولدت من الاصطدام بالواقع . وقد اوردها السمرقندى (٣٧٥ هـ) في النوازل . وهذا المؤلف قد حوى المسائل التي ظهرت وحلت بعد وضع مجاميع محمد . (انظر قتالى زاده، الرسالة) . لذلك لا تنسب الحلول لواضى المذهب ولكن لفقهاء عاشوا في ذلك العصر، كنصير (انظر قتالى زاده) . وقد استقى المؤلفون من هذا الكتاب الحيل الخاصة بموضوعنا . (انظر ما ذكره السندى، بالحاشية ١٥٢) . وكذلك حيل الخصاص (٢٦١ هـ) لم تذكر في محمد، فيما عدا حالتين (انظر فيما سبق الحاشية ١٥١ في آخرها و ١٥٠ في آخرها) ولم ينقلها عنه الفقهاء .

ويجب الا ننسى مع ذلك أننا قد عثرنا في مجاميع محمد أيضاً على بعض الحيل . وهذه الحيل مبنية على الفكرة عينها التي أملت الحيل الاخرى . انظر فيما سبق الحاشية ١٥١ والحاشية ١٥٠ .

واخيراً قد عثرنا في كتب الفقهاء ببعض مسائل أخرى لم ترد في مجاميع محمد، وهى : (ا) مسألة الكفالة المشترطة لصالح أحد الدائنين . انظر الحاشية ٥٧ . وقد ذكرت في برهان الدين (حوالى ٥٣٠ هـ) ، الذخيرة . وفي الفتاوى الهندية (١٠٧٠ هـ) ، عن الذخيرة . (ب) مسألة الرهن المشترط لصالح أحد الدائنين . ذكرت في برهان الدين (٥٣٠ هـ) ، الذخيرة . ورضى الدين (٥٤٤ هـ) ، المحيط . والعتابى . (٥٨٦ هـ) . والكاسانى (٥٨٧ هـ) . انظر الحاشية ٥٧ . (ج) مسألة الحوالة بالدين . وقد

فالنظرية إذا لم يصبا مع الزمن تغيير ما ، الا انه قد وجدت بشأنها اتجاهات مختلفة فيما بين واضعي المذهب انفسهم وتتعلق هذه الاختلافات ببعض النقط التفصيلية ولا تؤثر في المبادئ . وهي تظهر مع ذلك ما انطبع عليه فقه (ابى يوسف) من النزعة العملية (١٦٣) .

ذكرت في السرخسى (٥٤٣٨) في سياق شرحه . وذكرت ايضا في برهان الدين (٥٣٠) ، الذخيرة . والعتابي . والحصيرى (٥٦٣٦) . وفي الفتاوى الهندية ، عن الذخيرة . انظر الحاشية ٥٨ . (د) مسألة العبد المنصوب أو المرهون أو المشتري بعقد فاسد اذا فقد عينه . وقد ذكرت في العتابي (٥٥٨٦) . والكاسانى (٥٥٨٧) . والفتاوى الهندية ، عن ظهير الدين (٦١٩) ، الظهيرية (وهذا المؤلف كما يقول في كشف الظنون . ج ٢ ، ص ١٦٦ ، قد ذكر المسائل التي ظهرت بعد وضع مجاميع محمد) . انظر الحاشية ٩٤ . (هـ) مسألة هلاك العبد المشتري بعقد فاسد . وقد ذكرت في رضى الدين (٥٥٤٤) . والعتابي . والكاسانى . والمرغينانى (٥٥٩٣) . والزيلعى (٥٧٤٣) . انظر الحاشية ٩٥ . (و) مسألة هلاك الشئ المقبوض . وقد ذكرت في العتابي ، والكاسانى . وحالة الهلاك بقوة قاهرة . ذكرت في الحصيرى (٥٦٣٦) في سياق شرحه . وفي الفتاوى الهندية ، عن القنية . انظر الحاشية ١٠٥ . (ز) مسألة الرجوع بنقصان العيب . وقد ذكرت فقط في العتابي . انظر الحاشية ٤٩ في آخرها . على أنه لا يمكن الجزم ان هذه المسائل لا توجد في مواضع أخرى من مجاميع محمد . الا انها على أى حال تنسجم مع النظرية ، كما ظهرت هذه النظرية في المجاميع . (١٦٣) وقع الخلاف على المسائل الآتية : (ا) حق الدائن الشريك في منح المدين أجلا . انظر النبذة ٣٠٥ والحواشى ٦٢ — ٦٦ . (ب) حق الدائن الشريك في الحصول على حكم بجميع المبلغ . النبذة ٣٠٦ والحاشية ٧٠ . وقد خول الدائن هذين الحقيقتين في فقه ابى يوسف ومحمد خلافا لابي حنيفة . (ج) رجوع الدائن الشريك اذا كان الوفاء بمقابل قد اتخذ صورة الاجارة . فقد رأى محمد أن المنفعة ليست بمال . الحاشية ٨١ . (د) رجوع الدائن الشريك اذا اتخذ الوفاء بمقابل

هذا عن المسائل وحلولها . اما فقه النظرية فقد نما على مرور الزمن كأثر لما قام بين الشراح من الجدل (١٦٤) .

صورة النكاح ، فان محمداً لا يقول بالرجوع الا اذا كان قد اشترط مبلغ معين كمهر . وقد ابتعد أبو يوسف عن هذه الشكلية بتقريره أن النكاح المعقود في مقابل « حصة » الدائن كمهر يكون سبباً للمقاصة كما لو كان قد ذكر بالعقد مبلغ معين . الحاشية ٨٩ . وفي هاتين الحالتين الأخيرتين لا خلاف الا اذا أخذ بما جاء في غير ظاهر الرواية . (هـ) حق الرجوع اذا احرق الدائن الشريك شيئاً مملوكاً للمدين . فقد ذهب أبو يوسف الى انه لا رجوع لانه لم يقع اثره . أما محمد فقد تمسك بأهداب المبادئ . انظر الحاشية ٩٣ . وهذا الخلاف أيضاً لا يعتبر قائماً الا اذا أخذ بما جاء في رواية أبي حفص .

لا يوجد في موضوع الدين المشترك آراء لغير الامام الأعظم وصاحبيه العظميين . ولكن هناك رأياً لصاحب آخر هو زفر ، في مسألة الصلح . وهو رأى ظاهر الجود . انظر الحاشية ٨٨ . وقد أورده الشلبي (من القرن العاشر) في حاشيته ولم يذكر مرجعاً .

ويلاحظ أخيراً أن الجامع الكبير ، قد ذكر خلافاً بين أبي يوسف ومحمد ، على مسألة رجوع الكفيلين على المدين (انظر الحاشية ٣٩) . ثم انه في نفس الجامع الكبير ذكر أنه لم يعد هناك خلاف على هذه المسألة لانضمام محمد إلى رأى أبي يوسف . ومع ذلك نجد الفتاوى الهندية ، التي نقلت عن خزائن المفتين والظهيرية ، لا تذكر غير رأى محمد الأول . على أن هذا الانقلاب من رأى إلى آخر كثيراً ما يحدث . وهناك مثل آخر لذلك ، نجده في مسألة حق الدائن في الحصول على حكم بجميع المبلغ . انظر الحاشية ٧٠ . وقال ابن قاضي سهاوة : « وذكر ... ما يدل على رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة » .

ويلاحظ أخيراً أيضاً أن جميع المسائل الجديدة التي جاءت عن طريق غير ظاهر الرواية قد نسبت لأبي يوسف . انظر الحواشي السابقة .

(١٦٤) من ذلك نظرية الخصيرى ، في شروط وحدة العقد المنشئ . للالتزام

ويلاحظ أخيراً أن بعض المسائل قد فقدت على ما يظهر شيئاً من أهميتها بفعل الزمن أيضاً (١٦٥) .

المشترك . انظر البند ٢٩٦ — ٢٩٩ وحواشيها . وشروح الجصاص على طبيعة حق الرجوع ، والطبيعة القانونية للدين المشترك . وكذلك شروح الكاساني ، والبارقي ، وقاضي زاده . انظر الحواشي ١٢٦ و ١٢٧ و ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٩ و ١٤٠ . وشروح الجصاص ومن تلاه من الفقهاء ، عن طبيعة التنازل عن حق الرجوع . انظر الحواشي ١١٠ و ١١٣ و ١١٤ .

ومن جهة أخرى نلاحظ أن هؤلاء الأخيرين يضعون بجلاء بعضاً من القواعد . من ذلك تعريف الدين المشترك . انظر الحاشية ٢٢ . وقاعدة أن شرط الرجوع اثره الدائن . انظر الحاشية ٧٧ . وأن موضوع الرجوع عين المقبوض . انظر الحاشيتين ٩٦ — ٩٧ .

(١٦٥) من ذلك ، أن الكاساني (٥٥٨٧) لم يذكر الهبة بجانب الإبراء من الدين . انظر الحاشية ٥٤ . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٦ ، بالحاشية ٥٣ . وكذلك لم يسرد الكاساني ، بعض أشكال براءات القبض لتمييزها عن الإبراء . انظر في ذلك محمداً ، المبسوط ، ص ٣٨٥ / ٢ : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فوهب أحدهما حصته للمطلوب أو أبرأه منها أو حلله لم يكن لشريكه عليه ضمان في ذلك ولو قال قد برئت إلى من خمسمائة كان هذا إقراراً بالقبض وكان لشريكه عليه مائتا درهم وخمسون درهما وكذلك إذا كتب له برآة لفلان من خمسمائة درهم فهو مثل قوله قد قبضتها ، . ولم يذكر الكاساني ، حالة تفرق الصفقة بذكر نوعين من النقود . انظر الحاشية ٣٤ . ولكن نجد مع ذلك أن رضى الدين السرخسي (٥٥٤٤) يذكر حالة الهبة بجانب الإبراء من الدين . انظر رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٦٩ / ٢ . وأن الباريقي (٥٧٨٦) قد ذكر من جديد حالة تفرق الصفقة التي أهملها الكاساني . انظر الباريقي ، ج ٧ ، ص ٤٠٣ . وأن ابن عابدين (القرن الثالث عشر) لا يزال يميز بين برآة القبض وبرآة الاسقاط . انظر ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٢٣٣ : « الإبراء ... نوعان برآة قبض واستيفاء وبرآة اسقاط فاذا أطلقت تحمل على الأول لانه أقل فكأنه قال أبرأتك برآة قبض واستيفاء » .

ملحق ١

الاصطلاحات اللفظية

(١) قد عبر الفقهاء عن الالتزام الذي يكون موضوعه مبلغاً من المال أو أشياء أخرى مثلية بال « دين المشترك » إذا كان الملتزم لهم متعددين . وقد يستعمل لفظ « دين » للتعبير عن الالتزام من ناحيته الموجبة . (يقارن ذلك مع استعمال لفظ « obligation » في الاصطلاح القانوني الفرنسي) . ففي الكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٠ ، س ٦ : « دين لها اداناه » . وفي ابن عابدين ، العقود ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ : « فأخذ زيد منهم قدرأ من دينه الخاص به » . ويشعر ذلك بما للناحية السالبة من السيطرة على تفكير الفقهاء . وهو ما يلاحظ أيضاً في استعمال لفظ « الغريم » ، فقد يرد هذا اللفظ — ويعبر به في الاصل عن المدين — بمعنى الدائن . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « ان أحد الغريمين اللذين لها المال » .

أما محمد ، فبدلاً من أن يقول الدائن والمدين ، يقول « لرجلين على رجل » . انظر المبسوط ، ص ٣٨٥ / ٢ . على أنه قد يستعمل مع ذلك لفظ « الغريم » بمعنى المدين . انظر المبسوط ، ص ٣٨٥ / ٢ : « استأجر أحدهما بحصته منها داراً من الغريم » . والجامع الكبير ، ص ١ / ٩٤ : « أديا المال عن الغريم » .

أما الكاساني ، فقد استعمل لفظي « الطالب » و « المطلوب » . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٧ : « أحد الطالبين اذا شج المطلوب » . وكثيراً ما يكرر هذين اللفظين . انظر ج ٦ ، ص ٦٧ . ولفظ « الطالب » يوجد أيضاً في الحصري (٥٦٣٦) ، ج ٥ ، في الشركة . وفي الزيلعي (٥٧٤٣) ، ج ٥ ، ص ٤٦ . وفي ابن نجيم (٩٧٠ هـ) ، ج ٧ ، ص ٢٦٠ . وفي السندی (القرن الثالث عشر) ، ج ١٢ ، ص ٤٧٦ / ٢ . ولفظ « المطلوب » يوجد في السمرقندي (٥٣٧٥ هـ) ، ص ٧٩ / ٢ . وفي السرخسي (٥٤٣٨ هـ) ، ج ٢١ ، ص ٤١ ، س ١٠ . وفي رضى الدين السرخسي (٥٥٤٤ هـ) ، ج ٦ ، ص ١ / ٧٠ . ومن النادر العثور على لفظ « الدائن » ، فهو مستعمل بالاخص عند المتأخرين . انظر ابن البراز (٥٨٢٧ هـ) ، ج ٦ ،

ص ٣٤ . واسعد المدني (١١١٦هـ) ، ج ٢ ، ص ٢٣٨ . والسندی (القرن الثالث عشر) ، ج ٩ ، ص ٢/٣ . وبالعكس فان لفظ « المديون » كثير الاستعمال . انظر السرخسي (٤٤٣٨هـ) ، ج ٢١ ، ص ٤٠ . وقاضي خان (٥٥٩٢هـ) ، ج ٢ ، ص ٣٦٩ . وابن قاضي سماويه (٨٢٣هـ) ، ج ١ ، ص ٥٠ ، س ٦ . وابن البزاز (٨٢٧هـ) ، ج ٦ ، ص ٣٤ . والخوارزمي ، الكفاية ، ج ٧ ، ص ٤٠٦ . والسندی (١٢٥٧هـ) ، ج ٩ ، ص ٢/٣ . وعلاء الدين عابدين (١٣٠٦هـ) ، ج ٢ ، ص ٢٤٠ . على أن لفظ « الغريم » هو الاكثر شيوعاً للتعبير عن المدين . انظر السمرقندي . ص ٢/٢٥٥ . ورضي الدين السرخسي (٥٤٤هـ) ، ج ٦ ، ص ١/٦٩ . والعنابي (٥٥٨٦هـ) ، ص ٢/١٣٢ . والحصري (٦٣٦هـ) ، ج ٥ ، في الشركة . وابن عابدين (القرن الثالث عشر) ، العقود ، ج ٢ ، ص ٢٢٢ . كما ان لفظ « الطالب » هو المستعمل في الغالب للتعبير عن الدائن . ومع ذلك فقد يعبر عن الدائن بعبارات أخرى ، « كرب الدين » . انظر السندی (١٢٥٧هـ) ج ٩ ، ص ٢/٣ . و « صاحب الدين » . انظر الطرابلسي (١٣٠٨هـ) ، ص ١٥٧ .

وفي دراسة اصطلاحات الفقه الاسلامي ، يلزم ملاحظة أن القول لا تحتفظ دائماً بالالفاظ التي عبر بها المؤلف عن فكرته . مثال ذلك ، جاء في الفتاوى الهندية ، ج ٢ ، ص ٢٣٨ ، نقلاً عن المحيط : « قال أبو بكر يبيع من الغريم » ، مع أن المرجع الأول لهذا النص وهو السمرقندي ، النوازل ، ص ٢/٢٧٩ ، قد جاء فيه : « سئل أبو بكر ... قال ... يبيع من المطلوب » . ولكن جاء في السندی ، ج ٩ ، ص ١/٤ ، نقلاً عن الحموي : « يبيع من المطلوب ... كما في نوازل أبي الليث » .

(٢) للتعبير عن الدائن الذي لم يقم بمطالبة المدين ، يستعمل الفقهاء عبارة « الدائن الساكت » . انظر رضي الدين ، ج ٦ ، ص ١/٦٩ . والحصري ، ج ٣ ، ص ٣٦ من الشهادات . والشلي ، ج ٥ ، ص ٤٥ . وقاضي زادة ، ج ٧ ، ص ٤٠٤ . وتقابل تلك العبارة ، عبارة « الدائن الشاهد » ، كما جاء في محمد ، الجامع الكبير ، ص ١/٨٨ . وقد يستعمل في نفس المعنى لفظاً « الحاضر » ، و « الغائب » . انظر محمد ، الجامع الكبير ، ص ٢/٨٩ — ١/٩٠ .

(٣) مطالبة الدائن الشريك للدائن القابض ، يعبر عنها « بالرجوع » . انظر

محمدآ، الجامع الكبير، ص ٢/٩٠. والمبسوط، ص ١/٣٨٥. والجصاص، ج ٣، ص ١/٣٨٣. والسرخسي، ج ٢١، ص ٤٠. ورضي الدين، ج ٦، ص ١/٧٠. والكاساني، ج ٦، ص ٦٨. والزيلعي، ج ٥، ص ٤٦. والمستعمل هو الفعل «رجع».

وقد يستعمل مع ذلك فعل «ضمن»، ولفظ «الضمان». أنظر محمدآ، ص ٢/٣٨٥: «لم يكن لشريكه عليه ضمان في ذلك». و ص ١/٣٨٥: «لا يضمن لشريكه شيئاً لانه لم يقبض». والكاساني، ج ٦، ص ٧٦: «من شرط وجوب الضمان عليه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة». والقدوري، ص ٦٧. ولكن عند استعمال لفظ «ضمن»، و «ضمان»، لا يكون موضوع حق الرجوع عين المقبوض.

ويلاحظ أخيراً أنه قد عبر عن التنازل عن حق الرجوع بلفظ «التسليم». انظر الجصاص، ج ٣، ص ١/٣٨١. والمرغيناني، ج ٧، ص ٤٠٤. والزيلعي، ج ٥، ص ٤٠٦. ويسمى الخصاف، (انظر ص ٢٩—٣٠) المتنازل «المسلم».

ملحق ٢

ملاحظات على التقنيات

(١) المجلة (١٢٨٦—١٢٩٣ هـ)

وردت احكام الدين المشترك في الكتاب العاشر من المجلة، وهو كتاب الشركة. وقد جاءت في اثنتين وعشرين مادة، هي عبارة عن الفصل الثالث للباب الاول من كتاب الشركة. وقد خص هذا الباب باحكام شركة الملك.

أما المادة الاولى، فقد عرفت الدين المشترك. ثم جاءت بالمواد ١٠٩٢—١٠٩٨ امثلة للحالات الدين المشترك. ولا يعيب المجلة انها لم تأت بجميع الحالات التي ذكرها الفقهاء، فهي قد وقعت في محذور آخر، وهو الاكثار من الامثلة. وبالمادة ١٠٩٩

تعريف آخر ، وهو تعريف الدين غير المشترك . ثم تأتي أخيراً بالمواد ١١٠٠ — ١١٠٢ الأحكام العامة . ويجب أن يلحق بها المادتان ١١٠٥ — ١١٠٦ ، فهما أيضاً تضمنان قواعد عامة ، ومع ذلك فقد وردتا بعد المادتين ١١٠٣ — ١١٠٤ ، وليس فيما سوى سرد للاحوال التي يكون أو لا يكون فيها الرجوع جائزاً . ويظهر أن المقنن قد استبعد عمداً حالتى النكاح ، والصلح عن جناية .

ملاحظات موضوعية — (ا) جاء بالمادة ١١٠٠ : « ... وفي غيبة أحد الدائنين عند مراجعة الدائن الآخر الحاكم وطلب حصته من المدينين يأمر الحاكم ذلك المدينون بأداء حصته » . ولا تظهر فائدة هذا النص ما دامت الفقرة السابقة عليه تقرر أن « كل واحد من الدائنين ... طلب حصته من المدينين » . ولا يقال أن تدخل القاضى قد اشترط لحالة الغيبة ، فانه لو فرض أن المدين قد دفع في هذه الحالة بدون أمر القاضى فإن الدائن الغائب لا يستطيع أبداً عند حضوره مطالبته بأكثر من حصته وهى لا تزال فى ذمته . ثم ان حق الدائن الشريك فى الرجوع على الدائن القابض ثابت له على كل حال ، فلا يمكن أن يؤثر فيه الالتجاء إلى القاضى . ونرى أن محاولة المحاسنى تفسير هذا النص غير مقنعة (انظر المحاسنى ، شرح المجلة ، ج ٣ ، ص ٢٤) .

(ب) المادة ١١٠٥ قد أساءت فى التعبير . فان من الخطأ استعمال لفظ « أجاز » و « عدم إجازة » فى هذا المجال . وقد رأينا أن الفقهاء قد عبروا عن هذا بلفظ « التسليم » ، وهو يفيد التنازل . وكذلك فى استعمال عبارة « هلك الدين » شئ من الغموض ، فان الفقهاء قد استعملوا هنا لفظ « التوى » وهو يفيد الاعسار . على أن أهم ما يؤخذ على هذه المادة أنها لم تبين أن حق الرجوع بعد الاعسار لا يكون موضوعه عين المقبوض .

(ج) تكلمت المادة ١١١١ عن حالة المقاصة ، ولكنها توهم خلاف الحقيقة . ذلك أن الرجوع ليس جائزاً فى جميع الحالات التى يكون لحق مال المدين فيها ضرر . فقد رأينا أن من شروط الرجوع الاثراء . انظر الحاشيتين ٩٣ و ٩٤ . وقد يكون المقنن أراد الأخذ بقول محمد ، كما جاء فى رواية أبى حفص ، ولكن لماذا لم يذكر

شيئا عن الضرر الذى قد يصيب المدين فى نفسه ؟ .

(د) وهناك أيضاً نقص آخر . فقد أغفلت المادة ١١٠١ قاعدة هامة ، وهى وجوب تناول الرجوع عين المقبوض . صحيح أن المسألة المذكورة بالمادة ١١٠٢ تفترض وجود هذه القاعدة ، إلا أن نصاً صريحاً عن القاعدة لا يوجد بها ولا بغيرها من المواد .

(هـ) قد تثير المسألة التى ذكرتها المادة ١١٠٦ شيئاً من الجدل . صحيح أنها ذكرت فى الحصرى ، وفى الفتاوى الهندية ، انظر الحاشية ١٠٥ . وليس هناك من نص يعارضها صراحة . غير أنها قد أوجدت بعض الشكوك ، كما يرى ذلك فى السويدي ، كتاب الشركة ، وهو شرح للجملة ، انظر ص ٤٧ .

(و) ويلاحظ أخيراً أن المادة ١٠٩٧ قد أخذت برأى محمد ، فى مسألة الكفالة ، رغم أنه كما رأينا قد انضم إلى أبى يوسف . انظر الحاشية ٣٩ . ويلاحظ أيضاً أن المادة ١١١٢ قد أخذت برأى أبى حنيفة فى مسألة الأجل ، غير أنها لم توضح أن الدائن فى هذا الرأى محروم من حق منح الأجل حتى بالنسبة لحصته هو .

(٢) مرشد الحيران

وضع هذا التقنين قدرى باشا . وقد طبعت وزارة المعارف فى سنة ١٨٩١ م . وليست له مع ذلك أية صبغة رسمية .

خلت الطبعة الأولى من نصوص فى الدين المشترك ، فقد جاءت هذه النظرية ضمن بضعة مواد سلبها ورثة قدرى باشا للوزارة مخطوطة بعد صدور الطبعة الأولى . وقد ظهرت الترجمة الفرنسية لهذه المواد أولاً ، أما النص العربى فقد طبع فى سنة ١٩٠٩ م . (انظر قدرى باشا ، مواد مكملة) . والمواد التى تخص الدين المشترك منها هى المواد ١٦٨ — ١٨٩ . وهى عبارة عن الفصل الأول لكتاب المداينات أو الالتزامات .

(١) عرفت المادة ١٦٩ الدين المشترك ، وجمعت الحالات التى سردها المجلة فى أربع مواد (١٠٩٢ — ١٠٩٥) . غير أن حالة أخرى قد وردت منفردة بالمادة

١٧١ ، وقد كان الاجدر إلحاقها بالحالات الأولى . وعلى العكس هناك حالة ذات أهمية قد أغفلت ، وهى مسألة بيع شيئين مختلفين . وعدم النص على هذه الحالة يعتبر نقصاً ، لان المادة قد نصت على حالة بيع مال مشترك ، ولما كانت جميع الحالات الأخرى يشترط فيها الاشتراك فى الملك ، فقد تنشأ فى الذهن فكرة خاطئة عن سبب الاشتراك .

(ب) يظهر أن واضع المرشد قد تتبع عن كسب خطوات المجلة . فقد تأثرت المادة ١٧٣ بالمادة ١١٠٠ التى تقابلها ، وهى تستدعى لذلك نفس الملاحظات . (انظر مع ذلك أبا الفتح ، المعاملات : وهو كشرح للمرشد ، ص ١١٩ - ١٢١) . وكذلك الأمر فى المادتين ١٧٦ و ١٧٧ ، فمن الواضح تأثرهما بالمادتين ١١٠٦ و ١١١١ . على أن المرشد ، فى الواقع ،^{١٩} كثر رعاية للنصوص من المجلة ، وهو كثيراً ما يصحح اغلاطها . من ذلك أن المادة ١٧٤ — وقد جمعت بحق فى صعيد واحد نصوص المادتين المقابلتين من المجلة (١١٠١ و ١١٠٥) — تقرر بجلاء أن موضوع الرجوع يجب أن يكون عين الشئ المقبوض وفى حالة الاعسار شيئاً مماثلاً . وقد استعملت المادة لفظ « سلم ، بدلا من « اجاز ، للتعبير عن التنازل . ويلاحظ أخيراً على هذه المادة أنها أخذت صراحة برأى أبى حنيفة ، بخصوص الاعسار . فيلزم طبقاً لهذه المادة أن يكون المدين قد توفى معسراً لكى يستطيع الدائن الشريك الرجوع على القابض . وكذلك قد صححت المادة ١٧٥ المادة ١١٠٢ . فقد كانت هذه المادة الأخيرة قد أغفلت النص على حالة التصرف فى الشئ المقبوض ، مع ما لهذه الحالة من الأهمية فى تحديد طبيعة حق الرجوع .

والحالات التى وردت فى مرشد الحيران . هى أكثر عدداً من تلك التى وردت بالمجلة . ولكنها وضعت فى عدد أقل من المواد . من ذلك أن المرشد ، دون المجلة ، أورد حالتى الإبراء الجزئى والكفالة (المادة ١٧٩) .

(ج) على أن المرشد ، قد اخطأ فى المادة ١٨٧ . ذلك أنه ، وقد أخذ برأى صاحبين فى مسألة الأجل . قد قصر هذه القاعدة على جالة الميراث . وخطأ أيضاً اذ تكلمت المادة ١٧٦ عن وقوع مقاصة فى حالة هلاك الشئ المقبوض بين يدى القابض وقد أصبح ملكه .

(د) ويؤخذ أيضاً على مرشد الحيران ، كثرة التكرار . من ذلك أن المادة ١٧٠ قد أتت بتعريف للدين غير المشترك بعد أن كانت المادة ١٦٩ قد عرفت الدين المشترك ، وقد كان يمكن استنتاج التعريف الاول بمفهوم المخالفة . وكذلك يقال عن المادة ١٧٢

ولم يكن هناك أيضاً ما يدعو الى النص بالمادة ١٨٢ على أن للدائن حق اتباع المديون بعد تقرير هذه القاعدة العامة بالمادة ١٧٤ .

(هـ) المواد ١٨٦ و ١٨٨ و ١٨٩ لا محل لها في باب الدين المشترك . أما المادة الأولى فلان الاشتراك فيها ناشئ عن مجرد ظرف طارىء وهو عدم وفاء التركة بالديون . أما المادتان الاخريان فقد جاءتا بقواعد خاصة بعقدي الشركة (١٨٨) والقرض (١٨٩) .

وفي الجملة، يتضح مما تقدم أن المجهود الذي بذل في تقنين أحكام الدين المشترك لم يوفق لا في المجلة ، ولا في المرشد . وأن جل ما وصل اليه واضعو هاتين المجموعتين هو وضع النصوص المشهورة في شكل مواد . أما المسائل فقد بقيت على أنها مسائل ، ولم يحاول أحد اخضاعها لقاعدة أو تنسيقها . فقد سردت هذه المسائل دون مراعاة ترتيب خاص وبغير أن تربطها رابطة . ولما كانت المجلة قد أضافت الى المسائل شيئاً من التفسير فهي قد وقعت في محذور آخر ، اذ من المعلوم ان التقنين يجب أن يكون خلواً من كل شرح ، كما يجب عليه الترفع الى المظان الكلية .

ملاحظات على ترجمة المرشد والمرشد - قد استعمل مترجم المرشد عبارة « créance commune » (انظر ص ٤٥ وما بعدها) للتعبير عن الدين المشترك . واستعمل مترجم المجلة عبارة « créance commune ou conjointe » (انظر YOUNG, Corps de droit ottoman) . أما ترجمة المرشد المشهورة باسم Statut Réel فلا يصح الاعتماد عليها . وقد ارتكب المترجم في باب الدين المشترك أغلاطاً كثيرة وجسيمة :

(١) المادة ١٧٠ . يجب استبدال بعبارة « ce bien » عبارة « le prix » .

(٢) المادة ١٧٥ . يستبدل بلفظ « égale » لفظ « proportionnelle » . (٣) المادة

١٧٧ . تحذف عبارة « dans la créance » . (٤) المادة ١٧٤ . تحذف عبارة « par exemple » . (٥) المادة ١٧٦ . سقطت ترجمة عبارة « باكملها » . ويلفت النظر الى أن ترجمة المواد ١٧٩ الفقرات ٢ و ٣ و ٤ و ١٨٦ و ١٧٤ و ١٨٢ جد سقيمة . وفي ترجمة المجلة (YOUNG) ، يلزم اضافة العبارة الآتية « en l'absence des autres » الى المادة ١١٠ . الفقرة الثانية ، وذلك بعد لفظ « créancier » .

تقنيات أخرى — في قانون الالتزامات التونسي (سنة ١٩٠٦ م) والمرا كشي (١٩١٣ م) جاءت نظرية الدين المشترك في صورة التضامن بين الدائنين . انظر المواد ١٦٣ — ١٧٣ من القانون التونسي ، والمواد ١٥٣ — ١٦٣ من القانون المراكشي ، والنصوص واحدة في القانونين .

على انه من الصعب الاستعراف على نظرية الدين المشترك في هذه المواد . والظاهر انها قد تعمدت تغييرها . ومع ذلك فان للفقهاء الاسلامي أثرا فيها . ولا سيما في المواد ١٦٣/١٥٣ و ١٦٥/١٥٥ الفقرة الأخيرة و ١٧١/١٦١ . أما المادة ١٧٢/١٦٢ فآثره فيها اظهر ما يكون ، وقد جاء فيها أن ما يقبضه أحد الدائنين سواء على أنه قضاء للدين أو على سبيل الصلح يكون مشتركا بينه وبين الدائنين الآخرين فيتزاحم الجميع بنسبة حصصهم . واذا حصل أحد الدائنين على كفالة أو حوالة بالنسبة لنصيبه يشترك الدائنون الآخرون فيما يدفعه الكفيل أو الحويل . وكذلك المادة ١٧٣/١٦٣ .

وقد اشارت الحواشي الواردة بهامش القانون المراكشي (انظر Codes et Lois en vigueur dans le Protectorat Français du Maroc, t. I, Paris, 1914) الى الدر ، وابن نجيم ، والهندية ، والمجلة ، والمرشد . وجميع المواضع التي تشير اليها متعلقة بالديون المشتركة .

تقنين آخر — قد حاولنا وضع القواعد العامة التي أمكن استنتاجها خلال بحثنا في شكل مواد . فيكون ذلك تقينا ابتعد عن عيوب التقنيات التي سبقته ، فهو يحافظ تماماً على الحلول التي جاءت بها نصوص كتب الفقه ، ولا يحوى غير قواعد عامة تحكم في الواقع جميع الحالات التي وردت في تلك النصوص . وما هو التقنين :

المادة الاولى — يكون الدين مشتركاً بين عدة أشخاص اذا نشأ عن واقعة قانونية واحدة . ولا يكون العمل القانوني وحدة إذا كان يقبل التجزئة . وقد يكون الاشتراك نتيجة لطبيعة الأشياء .

المادة الثانية — لكل من الدائنين أن يطالب المدين بحصته . وله كذلك أن يتصرف فيها .

المادة الثالثة — يجوز لأحد الدائنين في الدين المشترك أن يمنح المدين أجلاً لوفاء ما يخصه في الدين .

المادة الرابعة — للدائن في الدين المشترك أن يطالب بجميع الدين ، على أن لا يقبض إلا حصته فيه ، ويقبض الباقي معه كل حصته .

المادة الخامسة — يرجع شركاء الدائن عليه إذا قبض نصيبه كلاً أو بعضاً . ويكون رجوعهم بعين الشيء المقبوض وبنسبة حصصهم .

المادة السادسة — يكون الرجوع مقبولا أيضاً إذا كان قضاء نصيب الدائن قد حصل بطريقة أخرى تقوم مقام الوفاء ، بشرط أن تكون ذمة الدائن المالية قد أثرت .

وفي الأحوال التي لا يكون الدائن قد قبض فيها عين الشيء الواجب أدائه يرجع الشركاء عليه بما يماثله .

المادة السابعة — إذا قبل الدائن وفاء عن دينه شيئاً قيمته أقل من قيمة الشيء الواجب أدائه يكون موضوع الرجوع الشيء المقبوض مالم يختار الدائن القابض الاحتفاظ به .

المادة الثامنة — إذا تصرف الدائن في المقبوض أو استهلكه يطالبه

شركاؤه بما يماثل المقبوض . ولكن إذا كان الشيء المقبوض لم يهلك بفعل الدائن فلا محل للرجوع .

المادة التاسعة - للدائن الشريك أن يتنازل عن حقه في الرجوع على الدائن القابض . ويكون تنازله هذا نهائيا . ولكن إذا أعسر المدين يرجع المتنازل على شريكه بما يعوض عليه حصته .

المادة العاشرة - للقابض أن يطالب المدين بما أخذه منه شركاؤه بحق الرجوع .

الفصل الثاني

في الالتزام لتعدد بالتضامن

٣٢٩ — استعرضنا فيما تقدم احوال التعدد العامة . وهناك حالات يكون الملتزم لهم المتعددون مرتبطين فيها برابطة خاصة، هي رابطة التضامن . وسنعرض هنا لأحوال هذا التضامن ، ثم نبين أحكامه ، وتتبع هذا كله يبحث في طبيعة رابطة التضامن هذه .

الفرع الاول — احوال التضامن الموجب

المبحث الاول — الحالة الاولى

٣٣٠ — الشركاء في شركة مفاوضة^(١٦٦) متضامنون فيما بينهم متى كان الدين ناشئاً عن أعمال تجارية^(١٦٧) . وتطبيقاً لذلك يعتبر الشركاء دائنين

(١٦٦) شركة المفاوضة هي التي يضع فيها الشركاء جميع ما يملكون من النقود . على أن توزع الأرباح فيما بينهم حصصاً متساوية . كما أن حصصهم في رأس المال يجب أن تكون متساوية . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ٥٨ وما بعدها .

(١٦٧) السرخسي ، ج ١١ ، ص ١٧٤ : « فيما هو من صنيع التجار » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٣ ، س ٢٧ : « في أحكام التجارة » . وعلى ذلك لا يعتبر عملاً تجارياً شراء الشريك طعاماً لأهله . انظر رضى الدين ، ج ٦ ، ص ١/٤٧ : « إذا اشترى أحدهما طعاماً لأهله ليس لشريكه قبضه كذا إذا استعار أحدهما لنفسه خاصة لا يكون شريكه وكلاً في قبض المستعار » .

ولكن يعتبر تجارياً التزام من الحق ضرراً بمال الشركة بتعويض هذا الضرر .

متضامنين بالثمن إذا باعوا مالا من أموال الشركة (١٦٨)، وبالأجرة إذا أجروا مالا من أموال الشركة (١٦٩)، أو أجروا خدمتهم (١٧٠).

ويكون الالتزام بالتسليم كذلك أيضاً، إذا اشتروا شيئاً (١٧١). وهم أيضاً متضامنون في المطالبة برد الثمن عند استحقاق المبيع (١٧٢).

وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد، ويكون تضامنياً، كما لو نشأ الدين عن اغتصاب مال للشركة (١٧٣).

انظر الكاساني، ج ٦، ص ٧٣، س ٤ وما بعده : « أما الغصب فلان ضمانه في معنى ضمان التجارة » .

(١٦٨) الكاساني، ج ٦، ص ٧٣، س ١٨ وما بعده : « لو باع أحدهما شيئاً من مال الشركة ... يطالب غير البائع منهما المشتري بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع » .

(١٦٩) محمد، ص ٢٤٨/٢ : « لو أن أحد المتفاوضين أجر عبداً من تجارتهما من رجل أو دابة كان للآخر أن يأخذه بالاجر » .

(١٧٠) رضى الدين، ج ٦، ص ٤٩ / ١ : « لو أجر أحدهما نفسه ... يكون بينهما » . والكاساني، ج ٦، ص ٧٥، س ١٣ : « لو أجر أحدهما نفسه في الخياطة أو عمل من الأعمال فالاجر بينهما نصفان وإن أجر نفسه للخدمة فالاجر له خاصة » .

(١٧١) محمد، الجامع الكبير، ص ٩٤ / ١ : « لشريكه أن يقبض العبد من البائع إذا نقد الثمن كله كما للمشتري أن يقبضه » . والكاساني، ج ٦، ص ٧٣، س ٢٠ : « وله أن يقبض المبيع كما للمشتري » .

(١٧٢) الكاساني، ج ٦، ص ٧٣ : س ٢١ : « وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كما للمشتري » .

(١٧٣) رضى الدين، ج ٦، ص ٥٠ / ٢ : « أو ما وجب لها على رجل من

ولا يشترط على أى حال أن يكون الشركاء قد حضروا جميعاً عند العقد (١٧٤)، فالمفروض أن العاقد يمثل دائماً شركاءه (١٧٥)

المبحث الثانى — الحالة الثانية

٣٣١ — الشركاء فى شركة الأعمال ولو كانت عنا متضامنون ما داموا يطالبون بالأجر المستحق لهم (١٧٦). وهنا أيضاً قد يصدر العقد من أحدهم فى غيبة الآخرين (١٧٧).

٣٣٢ — وفى كلتا الحالتين المذكورتين، ظاهر مما تقدم: أن التضامن فيما بين الملتزم لهم أوجده عقد الشركة نفسه. ويترتب على ذلك أن هذا التضامن ينقضى بانحلال الشركة. سواء كان الانحلال قد تم بإرادة أحد الشركاء أو وقع بسبب وفاة أحد الشركاء أو بغير ذلك من الأسباب (١٧٨).

ضمان غصب، . والكاسانى، ج ٦، ص ٧٤، س ١٣.
(١٧٤) رضى الدين، ج ٦، ص ٢/٥٠: «لكل واحد أن يقبض ما اداناه أو ادانه صاحبه، . والكاسانى، ج ٦، ص ٧٤، س ١٢ — ١٣.
(١٧٥) رضى الدين، ج ٦، ص ٢/٥٠: «لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما يتولاه، .

(١٧٦) برهان الدين، الذخيرة، ج ٢، ص ٥٧٦ / ١: «لكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل». والكاسانى، ج ٦، ص ٧٦، س ٣ — ٤: «ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة، .

(١٧٧) الكاسانى، ج ٦، ص ٧٦، س ١ وما بعده: «ولكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة اذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه، .
(١٧٨) محمد، ص ٢/٢٥٠: «إذا باع أحد المتفاوضين عبداً من المتفاوضة بمائة دينار وكتب الصك باسمه وكانت الاشياء فى يده دون الآخر فجحد المتفاوضة

الفرع الثاني - آثار التضامن الموجب

المبحث الاول - في علاقات الدائنين بالمدين

٣٣٣ - لكل دائن أن يطالب بكل الدين^(١٧٩). فاذا وفى المدين بالدين

فقد وقعت الفرقة لجحوده... له أن يقبض المائة دينار دون صاحبه لانه ولى البيع، .
ورضى الدين، ج ٦، ص ١/٥٠ - ٢/٥٠ : د اقر أحد المتفاوضين بالرهن
والارتهان بعد تفرقهما أو موت أحدهما لم يجوز على صاحبه لانه أقر بالرهن فى حالة
لا يملك انشاءه... وما زال محجوراً عن التصرف فى حق شريكه فلا يصدق فيه
كالوكيل بالبيع اذا اقر بالبيع بعد العزل، . والكاسانى، ج ٦، ص ٧٥، س ٨
وما بعده : د اذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للذى لم يل المداينة أن يقبض
الدين لان الشركة بطلت بموت أحدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل
لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز
لاحدهما أن يقبض نصيب الآخر اذا لم يكن هو الذى تولى العقد ويجوز قبضه فى
نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحساناً، وأما الذى ولى
المداينة فله أن يقبض الجميع لانه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد
فلا يبطل بانقراض الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل، . والهندية، ج ٢،
ص ٣١٤ : د لو باع أحد المتفاوضين شيئاً نسيته ثم مات ليس لصاحبه أن يخاصم
فيه فان أعطاه المشتري نصف الثمن برىء منه . كذا فى محيط السرخسى، . وعلى
ذلك، ينقسم الدين بصرف النظر عن ارادة المدين، ولو انه كان فيما بين الدائنين
تضامن وقت نشوئه . وفى حالة انحلال الشركة بارادة أحد الشركاء يكون وفاء
المدين بين يدي أحد الدائنين صحيحاً، اذا تم الوفاء قبل عليه بالانحلال . انظر الهندية،
ج ٢، ص ٣١٤ - ٣١٥ : د اذا باع أحد المتفاوضين شيئاً من متاع المفاوضة
ثم افترقا ولم يعلم المشتري باقتراقهما كان له أن يدفع جميع الثمن الى ايهما شاء . كذا
فى المحيط . وان كان علم بالفرقة لم يدفع الا الى العاقد، ولو دفع الى شريكه لا يبرأ
عن نصيب العاقد، .

(١٧٩) الكاسانى، ج ٦، ص ٧٤، س ١٢ : « يجوز لكل واحد منهما أن

جميعه لأحد الدائنين فقد برئت ذمته كذلك قبل الدائنين الآخرين (١٨٠). وهذان هما الأثران الأساسيان للتضامن ، وهما مطردان في حالى التضامن . على أنه فى حالة شركة المفاوضة ، للتضامن آثار أوسع (١٨١). من ذلك أن للدائن أن يمنح للدين أجلا بالنسبة لكل الدين (١٨٢) . وأن المدين الذى توجه أثناء الاجراءات التى يقوم بها أحد الدائنين ، يمكن الاحتجاج بها على بقية الدائنين (١٨٣) .

يقتضى ما اداناه أو ادانه صاحبه ، . و ص ٧٦ ، س ٣ : « ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الاجرة » . و س ٢٣ : « وجب له المطالبة بكل الاجرة » . (١٨٠) برهان الدين . الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٥٧٦ / ١ : « الى ايها دفع برى » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٦ ، س ٤ — ٥ : « والى ايها دفع صاحب العمل برى » لانه دفع الى من أمر بالدفع اليه ، .

(١٨١) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ٧٦ ، س ١٤ : « ليس لها [أى لشركة الأعمال] حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذى ينشأ خاصة » . و س ٢١ : « وانما استحسننا والحقناها بالمفاوضة فى حق وجوب العمل والمطالبة بالاجرة [و] فى حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر فيما وراء ذلك على أصل القياس » . (١٨٢) محمد ، ص ١ / ٢٤٤ : « اذا كان لها [لشريكين شركة عنان] دين على رجل فاخره أحدهما فتأخيره باطل لا يجوز على صاحبه الا برضاه وليس هذا كالمفاوضين ، . وظهير الدين ، ج ٢ ، ص ١ / ٣٠ : « اذا آخر أحد المتفاوضين ديننا وجب لها جاز تأخيره فى النصيين اجماعا سواء وجب الدين بعقد المؤخر أو بعقد صاحبه أو بعقدما » . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٩٣ : « ان كانا متفاوضين فاجل أحدهما ديننا كان من المفاوضة صح تأجيله عند الكل أيهما أجل » . وابن نجيم ، البحر ، ج ٧ ، ص ٢٦٠ ، نقلا عن قاضى خان .

(١٨٣) محمد ، ص ١ / ٢٤٨ : « اذا ادعى أحد المتفاوضين على رجل ديننا أو سلما أو خادما ذكر أنه اشتراها منه أو ذكر أنها له ولشريكه فمحمد المدعى قبله

ويلاحظ مع ذلك أنه ليس لأحد الدائنين أن يبرىء المدين إلا من نصيبه ، كما لا يجوز له أن يهبه إلا نصيبه ، ما لم يكن هذا الدائن هو العاقد ، فيستطيع بهذه الصفة وحدها ، أن يرثه من كل الدين (١٨٤) .
وعلى العكس يستطيع أحد الدائنين أن يشترط تأمينات عن كل الدين ، كالرهن (١٨٥)

ذلك فقدمه الى القاضي فاستحلفه على ذلك فحلف ثم جاء الشريك الآخر فاراد أن يستحلفه فليس له ذلك واستحلاف صاحبه اياه بمنزلة استحلاف الآخر وكذلك لو ادعى عليه أنه باعه ... أو ادعى قبله اجارة حانوت في السوق أو اجارة عبد من تجارتهما .

(١٨٤) محمد ، ص ٢٥١ / ١ : « لو وهب البائع الثمن للمشتري أو أبراه منه جاز ذلك عليه ... في قول أبي حنيفة ومحمد و [لو] لم يفعل ذلك ولكن الشريك هو الذى فعل ذلك جاز من ذلك النصف حصته . » وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٩٣ — ٩٤ : « ان حط أحد الشريكين شيئاً ان كان المصالح عاقداً جاز حطه حط الكل أو بعضه في قول أبي حنيفة ومحمد ويضمن نصيب شريكه ان حط الكل أما إذا حط البعض فلانه مالك في نصيبه وفي نصيب صاحبه عاقد والعاقد يملك الحط في قول أبي حنيفة ومحمد فيصح حطه وان لم يكن المصالح عاقداً يجوز الحط في نصيبه عند الكل لانه مالك وفي نصيب صاحبه لا يجوز عند الكل لانه ليس بمالك ولا عاقد . » وظهر الدين ، ج ٢ ، ص ٣٠ / ١ : « لو باع أحد المتفاوضين شيئاً من تجارتهما ثم ان البائع وهب الثمن للمشتري أو أبراه منه جاز في قول أبي حنيفة ومحمد ... وقال أبو يوسف ، يصح في حصته كالوكيل وان وهب الآخر أو أبراه منه جاز في نصيبه ولم يجز في نصيب صاحبه إجماعاً . »

(١٨٥) محمد . ص ٢٤٩ / ١ : « لو كان لهما أو لأحدهما دين من تجارتهما على رجل فارتهن أحدهما به رهنا كان ذلك جائزاً وكان ان هلك بما فيه بعد أن يكون قيمته والدين سواء أو يكون قيمته أكثر من الدين ولو كان أحدهما ولى البيع وولى الآخر الرهن وقبضه كان جائزاً . » ورضى الدين ، ج ٦ ، ص ٥٠ / ١ :

والكفالة (١٨٦) ، والحوالة (١٨٧) .

المبحث الثاني - في علاقات الدائنين فيما بينهم

٣٣٤ - من الطبيعي أن يكون لكل شريك ، بموجب عقد الشركة ، حق الرجوع على زميله القابض (١٨٨) . والأنصباء دائماً متساوية في شركة المفاوضة (١٨٩) . ويلاحظ أنه في شركة العنان بالأعمال ، للشريك أن يرجع على القابض ولو لم يكن قد عمل بالفعل (١٩٠) .

« لو ارتهن أحدهما رهنا بدين التجارة جاز لأنه يملك إستيفاءه حقيقة فيملك إستيفاءه حكماً » . والعتابي . ص ١٣٣ : « يرتهن ... » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٤ ، س ١١ - ١٢ .

(١٨٦) الكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٤ ، س ١٣ : « ما وجب لهما من ... أو كفالة ، . والهندية . ج ٢ ، ص ٣١٠ : « ان باع أحد المتفاوضين ... أو كفل له رجل بدين ... فلشريكه الآخر أن يطالب به ، كذا في فتاوى قاضيخان ، . (١٨٧) الهندية . ج ٢ ، ص ٣١٢ : « وله أن يحتال . كذا في البدائع ، . وانظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٠ ، س ٢٣ . وهذا النص خاص بشركة العنان . وانظر لقياس عليه ، الكاساني ، ص ٧٢ ، س ٢٤ - ٢٥ .

(١٨٨) الكاساني ، ج ٦ ، ص ٥٩ ، س ١٣ : « عند القسمة ، . (١٨٩) الكاساني ، ج ٦ ، ص ٦١ ، س ٢ : « المساواة في رأس المال » . وس ١٦ : « المساواة في الربح ، .

(١٩٠) القدوري ، ص ٥٩ : « فان عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما نصفان ، . والسرخسي ، ج ٣٠ ، ص ٢٠٠ : « لو استأجر رجلين يبيان له حائطاً فعمله أحدهما ومرض الآخر وهما شريكان فالأجر بينهما نصفين استحصاناً ، . والهندية . ج ٢ ، ص ٣٢٩ : « وان عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما نصفين سواء كانت عتانا أو مفاوضة ، .

هذا وعلى الدائن العاقد ، إذا كان قد أبرأ المدين من جميع الدين ، أن يعرض على شريكه حصته (١٩١)

الفرع الثالث — الطبيعة القانونية للتضامن الموجب

٣٣٥ — أما عن التضامن في الحالة الأولى، فقد استند الفقهاء إلى فكرة الوكالة ، لتعليل التضامن (١٩٢) . فهم يقولون أن شركة المفاوضة تقتضي أن يكون كل شريك وكيلًا عن الآخر في التقاضي والقبض وعلى العموم في كافة ما يسمونه « حقوق العقد » ، (١٩٣) .

(١٩١) محمد ، ص ١/٢٥١ : « ضمن لشريكه نصف الثمن » ، وظهر الدين ، ج ٢ ، ص ١/٣٠ : « ويضمن نصيب شريكه » .

(١٩٢) رضى الدين ، ج ٦ ، ص ٢/٢٩ : « على أن يكون كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه فيما وجب عليه ووكيلاً فيما وجب لصاحبه » ، والكاساني ، ج ٧ ، ص ٧٤ ، س ١٣ — ١٤ : « يملك أن يستوفي حقوقه بالوكالة » ، وقارن المادة ١٠٧/١٦١ من القانون المدني المصري . وبودرى لا كاتينرى ، ج ٢ ، نبذة ١١٦٨ .

(١٩٣) هي حقوق يتكلم عنها الفقهاء بمناسبة الوكالة . وطبقاً لنظرية الوكالة في التشريع الاسلامي ينشأ عن العقد بعض الالتزامات يكون الملتزم أو الملتزم له فيها هو في بعض الاحوال الوكيل دون الموكل . ففي هذه الاحوال للوكيل دون الموكل أن يقاضى وله تبعاً لذلك بعض الحقوق ، من ذلك أن الوكيل في عقد البيع هو الذي يطالب بالثمن أو بتسليم الشيء أو برد الثمن عند الاستحقاق أو عند ظهور عيب . ومن الناحية السالبة يكون الوكيل دون الموكل ملزماً بدفع الثمن أو بتسليم الشيء (انظر في ذلك كله الكاساني ، ج ٦ ، ص ٣٣) . وفي فقه أبي حنيفة ومحمد ، يجوز لهذا الوكيل أيضاً أن يمنح أجلاً (انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ٦٨ ، س ١٩ — ٢٠) . أو بشرط تأمينات (انظر في الرهن والكفالة قاضي واده ، نتائج ،

وعلى ذلك يكون أساس مطالبة الدائن الواحد بكل الدين كونه وكيلًا في نصيب وأصيلًا في نصيب آخر (١٩٤). على أنه إذا لم يكن طرفاً في العقد يكون أساس المطالبة الوكالة بالنسبة لكل المبلغ (١٩٥). وإذا كان العقد قد صدر منه وحده تكون مطالبته للدين مبنية جميعها على مجرد اعتباره عاقداً (١٩٦).

٣٣٦ — وأما في شركة العنان، فإن فكرة الوكالة ليست هي عينها تلك التي قالوا بها في شركة المفاوضة، ذلك أنه ليس للشريك في شركة العنان أن

ج ٧، ص ٨٨ — ٨٩. وفي الحوالة، فقط في فقه أبي حنيفة، الكاساني، ج ٦، ص ٢٨٠ (٦).

(١٩٤) رضى الدين، ج ٦، ص ١/٥١ : « ان أخذ المفاوض بمنزلة الوكيل من وجه في نصيب صاحبه بمنزلة المالك من وجه ».

(١٩٥) رضى الدين، ج ٦، ص ٢/٥٢ : « له حقوق العقد كما لصاحبه ... عاقداً حكماً، و ص ٢/٥٠ : « لكل واحد أن يقبض ما ... أداته صاحبه ... لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما يتولاه، والكاساني، ج ٦، ص ١٧٣، س ١٨ : « حقوق عقد تولاه أحدهما ترجع إليهما جميعاً ». ولكن لما لم يكن طرفاً في العقد لا تكون هذه الحقوق قد انتقلت إليه الا عن طريق الوكالة، فان هذه الحقوق ولو أنها في الأصل للعاقدين وحده إلا أنه يستطيع اناة موكله فيها اناة صريحة . انظر الكاساني، ج ٦، ص ٣٣، س ١١ — ١٢ : « ولو أمره [أى لو أمر الموكل] الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم إليه ».

(١٩٦) والدليل على ذلك أن حقه في التقاضى بالنسبة لكل يبق بعد انحلال الشركة أى بعد زوال حالة التضامن . انظر محمداً، ص ٢/٢٥٠ : « لو مات المفاوضان جميعاً قبل الجحود وقبل الفرقة وأوصى كل واحد منهما إلى رجل على حدة كان الذى يتقاضى المائة دينار وصى الذى ولى المبايعة ». والكاساني، ج ٦، ص ٧٥، س ١٣ وما بعده : « أما الذى ولى المداينة فله أن يقبض الجميع لأنه

يقاضى بصفته وكيلًا ولو أنه يتعاقد بالوكالة عن باقي الشركاء (١٩٧). ففي هذه الشركة، للدائن العاقد وحده حق المطالبة بناء على العقد الصادر منه، أما شريكه فله أن يرجع عليه بعقد الوكالة، ولكن ليس له مطالبة المدين مباشرة (١٩٨). ومتى صح ذلك كيف يعطل التضامن في حالة شركة الأعمال؟ يقول الفقهاء أن شركة الأعمال تأخذ هنا حكم شركة المفاوضة (١٩٩)، ذلك أن على كل واحد من الشركاء أن يقوم بكل العمل، فالزامهم قبل صاحب العمل هو التزام تضامني، ومن العدل إذاً أن يجعل الالتزام المقابل وهو دينهم عليه

ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل .

(١٩٧) الهندية، ج ٢، ص ٣٢٠ : « أما حكمها [حكم شركة العنان] فصيرورة كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في عقود التجارات ولا يصير كل واحد وكيلًا عن صاحبه في استيفاء ما وجب بعقد صاحبه . كذا في المحيط . »

(١٩٨) الكاساني، ج ٦، ص ٧٠، س ٢٦ وما بعده : « حقوق عقد تولاه أحدهما ترجع إلى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئًا من الثمن وكذلك كل دين لزم إنسانًا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه وللمدينون أن يمتنع من دفعه إليه . » ولكن إذا دفع المدين باختياره للدائن غير العاقد فليس له بعد ذلك أن يسترد ما ينحصر القابض من الدين . انظر الكاساني، ج ٦، ص ٧٠، س ٢٩ وما بعده : « فان دفع إلى الشريك من غير توكيل برىء من حصته ولم يبرأ من حصة الدائن وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع » . على أن للدائن الشريك أن يرجع على الدائن العاقد إذا قبض . انظر الكاساني، ج ٦، ص ٧٠، س ٣٤ : « والعاقد يرد حصة الشريك إليه . »

(١٩٩) برهان الدين، الذخيرة، ج ٢، ص ٥٧٦ / ١ : « تعتبر مفاوضة في حق بعض الأحكام . » والكاساني، ج ٦، ص ٧٦، س ١١ : « كانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن مفاوضة حقيقة . »

تضامنياً كذلك (٢٠٠) .

٣٣٧ - يتضح مما تقدم أنه ليس لنظرية التضامن الموجب كيان مستقل في الفقه الإسلامي . فالتضامن الموجب لا يوجد في الواقع الاتبعاً لبعض العقود . ويلاحظ من ناحية أخرى ان حالات هذا التضامن نادرة . ويهمننا هنا أن نقول أنه في هذه الحالات النادرة ، يوجد الملزم لهم في مركز قانوني يشبه كثيراً ذلك الذي نجد عليه الدائنين المتضامنين في القوانين الحديثة (٢٠١) .

(٢٠٠) الكاساني ، ص ٧٦ ، س ٤ : « لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة » . وس ٢٢ : « لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الأجرة » .

(٢٠١) ولا يوجد في النصوص لفظ خاص للتعبير عن هذا التضامن ، إنما تستعمل العبارات الآتية : « ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة » . « وإلى أيهما دفع صاحبه برى » . « يجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما أداناه .. أو ما وجب لهما » . وبها وصف لآثار التضامن .

وما هو نموذج لعقد شركة مفاوضة كما جاء في ابن أفلاطون ، الصكوك ، ص ١٥ / ٢ : « هذه حجة صحيحة شرعية ناطقة بذكره اشترك فلان بن فلان حال تساوى كفتى تصرفاتهما شركة المفاوضة المبنية على الاذن المطلق في عامة التجارات المنعقدة على الكفالة والوكالة في المعاملات ورأس المال من كل منهما بالسوية من غير اختصاص لأحدهما على الآخر بالمزية وأقام كل واحد منهما صاحبه مقامه في حالتي السفر والاقامة اشتراطاً خالياً (٤) عليه الصحة والسداد خالياً عن البطلان والفساد وجرى ذلك وحرر » .

الباب الثاني

في تعدد الملتزمين

الفصل الأول

في تعدد الملتزمين بغير تضامنه

الفرع الاول - التمليكات

٣٣٨ — البائعون (٢٠٢)، والواهبون (٢٠٣)، والمؤجرون (٢٠٤)، يبيعون ويهبون، ويؤجرون، كل بقدر حصته في الشيء المبيع أو الموهوب أو المؤجر (٢٠٥).

(٢٠٢) ابن قاضي سماوة، ج ١، ص ٤٨ : « رهن أنه شري بيتا من نفر هو يدهم... لا يحكم إلا على الحاضر في حصته، والسرخسي، ج ٣٠، ص ١٨٤ : « ان اشترى داراً من ثلاثة... على قدر انصباهم التي اشترى منهم، و ص ١٨٠ : « فان كل واحد منهم إما بآءه النصف، ».

(٢٠٣) الكاساني، ج ٤، ص ١٨٨، س ١٦ : « وكذا يجوز... هبة الاثنين من واحد، » وقارن ج ٦، ص ١٣٤، س ٢ وما بعده : « الشيوع لا يمنع الرجوع في الهبة، » فيكون الرجوع في البعض محتملاً.

(٢٠٤) الكاساني، ج ٦، ص ١٨٨، س ١٣ : « يجوز إجارة الاثنين من واحد، » والدليل على ذلك أن عقد الإجارة يظل قائماً في حق الحي بعد وفاة أحد المؤجرين. انظر الكاساني، ج ٤، ص ١٨٨، س ١٤ — ١٥ : « لو مات أحد المؤجرين [كذا] حتى انقضت الإجارة في حصته لا تنقضي في حصة الحي، ».

(٢٠٥) وقد ذهب البعض إلى أن إيجاب أحد الباعين المتعدين يتناول ضمناً، ان

هذا على أن الدعوى تؤدي - إذا رفعت على أحد البائعين في غيبة الآخرين - إلى حكم يتناول الكل ، ما دام المدعى عليه حائزاً للشيء ومنكراً للملكية شركائه في الالتزام (٢٠٦) . وبالعكس لا تكون الدعوى الموجهة لأحد الواهبين دون غيره مقبولة حتى بالنسبة لحصته . ويلاحظ مع ذلك أن (أبايوسف) في هذه المسألة الأخيرة قد قال بجواز الحكم على أحد الواهبين بالنسبة لحصته على الشيوع (٢٠٧) .

٣٣٩ - ومن المعلوم أن حق الدائن على الشيء الذي أعطاه المدينون

لم يصرح بخلاف ذلك ، نصيبه ونصيب غيره من البائعين ، ولذلك يشترطون الوكالة المتبادلة لايقاع البيع . انظر السرخسي ، ج ٣٠ ، في الشروط ، ص ١٧٤ : « ان كان المشتري منه رجلين ... يكتب أيضاً وكان العقد من كل واحد منهما باذن صاحبه فان على قول بعض العلماء ينصرف إيجاب كل واحد منهما عند الاطلاق إلى نصيبه ونصيب صاحبه فاذا لم يكتب هذه الزيادة عند الاطلاق لا ينفذ عقده عنده في نصيب صاحبه » .

(٢٠٦) ابن قاضي سماوة ، ج ١ ، ص ٤٨ : « برهن أنه شري بيتا من نفر هو يدهم وبعضهم غائب ... لو جحد [الحاضر نصيب الغائب] يقضى بالبيت كله للمدعى أما نصيب الحاضر فظاهر وأما نصيب الغائب فلان ذا اليد ينتصب خصماً في نصيب الغائب حيث جحد ملكه فيه والمدعى ينتصب خصماً عن الغائب في إثبات الملك له في نصيبه إذ لا يتوصل إلى إثبات ملكه على الحاضر في نصيب الغائب إلا بإثبات الملك للغائب ثم بإثبات الشراء عليه » .

(٢٠٧) ابن قاضي سماوة ، ج ١ ، ص ٤٨ : « ادعى صدقة أو هبة ... من رجلين أحدهما غائب والدار بيد الحاضر وأهل الغائب وهم مقرون بنصيب الغائب فبرهن على ذلك وعلى القبض لم يجز في قياس قول أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف اقضى بنصفه غير مقسوم في الصدقة والهبة فاذا قدم الغائب قضيت عليه » .

المتعددون رهنا — هو حق غير قابل للتجزئة (٢٠٨). وقد رتبوا على ذلك أنه لا يمكن توجيه الدعوى ضد أحد الراهنين فقط ، وذلك اتفاقاً . فيشترط إذا في حالة الرهن مطالبة الجميع معاً (٢٠٩) .

٣٤٠ — فالانقسام هو إذا الأصل ، مع مراعاة احكام الدعوى ، وحالة الرهن الخاصة .

الفرع الثاني - الالتزامات بعمل شيء

٣٤١ — الالتزام بالحفظ ينقسم فيما بين المودعين (٢١٠). وإذا كان

(٢٠٨) الكاساني ، ج ٦ ، ص ١٣٨ ، س ٢٠ وما بعده : « لو رهن رجلان رجلاً عبداً بدين له عليهما رهنا واحداً جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى أن للمرتن أن يمسكه حتى يستوفي كل الدين وإذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لأن كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه وإن كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن ... واقدامهما على رهنه في صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد رهنا بكل الدين » .

(٢٠٩) ابن قاضي سماوة ، ج ١ ، ص ٤٨ : « أما الرهن فلا يقضى على الحاضر بشيء حتى يقدم الغائب فإذا قدم كلف أن يبرهن بحضرتها » .

(٢١٠) محمد ، المبسوط ، المخطوط ٣٨٢ (انظر الحاشية ١٥) ، في الوديعة ، ص ١٤ منها : « قلت أرأيت رجلاً استودع رجلين مالا ... لو اقتسماه من غير أن يأتيا القاضي قال نعم لا ضمان عليهما ان هلك قلت فان أيا القسمة فدفعها الوديعة إلى رجل فهلك قال هما ضامنان » . والقسمة في الواقع اجبارية . فان المودع يتحمل مسؤولية الهلاك إذا سلم ما وجب عليه حفظه للمودع الآخر . انظر القدوري ، ص ٧٢ : « ان أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجوز أن

الشيء المودع لا يقبل الانقسام يتوزع الحفظ بالتهايؤ (٢١١) .
وكذلك الحكم في التزام الوكلاء ، والمرتهنين ، بالحفظ (٢١٢) .

يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكن يحفظ كل واحد منهما نصفه .
وهذا هو مذهب أبي حنيفة . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ٢٠٩ ، س ١ - ٢ :
« لو سلم أحدهما النصف إلى صاحبه فضاعت ضمن المسلم نصف الوديعة عند
أبي حنيفة . وعند أبي يوسف ، ومحمد ، لا يضمن القابض شيئاً » . وس ٤ - ٦ :
« وجه قول أبي حنيفة ، أن المالك استحفظ كل واحد منهما في بعض الوديعة لا في كلها
فكان راضياً بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل » . والمرغيناني ،
ج ٧ ، ص ٤٦٠ : « وهذا عند أبي حنيفة ... لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل
الوصف بالتجزى تناول البعض دون الكل » . والحصكفي ، ج ٤ ، ص ٦٨٨ :
« ولو دفعه أحدهما إلى صاحبه ضمن الدافع » .

(٢١١) محمد ، في الموضع المشار اليه : « قلت أرأيت ان كان عبداً واحداً أو
ثوباً واحداً أو دابة واحدة أو بعيراً كيف يضمنان له قال ان وضعه أحدهما عند
الآخر أو أمسكه كل واحد منهما شهراً فلا ضمان عليهما ان هلك لان هذا مما
لا يقسم » . والقنطوري ، ص ٧٢ : « وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما
بأذن الآخر » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٢٠٩ ، س ٢ - ٣ : « ولو كانت
الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما أن يسلم الكل إلى صاحبه وإذا
فعل فضاعت لاضمان عليه بالاجماع » . وس ٩ - ١٠ : « لأنه إذا لم يحتمل تعذر
ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما على التوزيع في زمان واحد فكان راضياً
بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين على التهايؤ » .

(٢١٢) الكاساني ، ج ٦ ، ص ٢٠٩ ، س ١٠ - ١١ : « وعلى هذا الخلاف
الذي ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشتري مما يحتمل
القسمة فسلم أحدهما إلى صاحبه » . والحصكفي ، ج ٤ ، ص ٦٨٨ : « كمرتهنين
ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكلي شراء » .

٣٤٢ - وينقسم أيضاً الالتزام بضمان الاستحقاق، إذ أن على كل من البائعين أن يضمن للبشترى حصته في الشيء المبيع (٢١٣).

الفرع الثالث - الالتزامات النقدية

٣٤٣ - بما لا نزاع فيه أن الدين ينقسم فيما بين المدينين. فالمشترون مثلاً ملزمون بالثمن، كل بقدر حصته فقط (٢١٤). وكذلك البائعون عند الاستحقاق، يلزمون برد الثمن، كل بقدر حصته (٢١٥). وقد يلتزمون أيضاً في هذه الحالة بتعويض، ويكون التزامهم هذا هو الآخر منقسماً فيما بينهم (٢١٦).

(٢١٣) السرخسي، ج ٣٠، ص ١٨٤ : « ان اشترى داراً من ثلاثة نفر... فما ادرك فلان [كذا] من ذلك في هذه الدار فعلى فلان وفلان خلاص ذلك على قدر انصبتهم التي اشترى منهم حتى يسلموه له على قدر ما اشترى منهم ». و ص ١٧٤ : « حتى يسلموا له الدار ».

(٢١٤) الكاساني، ج ٥٠ ص ٢٥٠ س ١٢ - ١٣ : « الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن فاذا ادى النصف فقد أدى ما وجب عليه ». و س ١٧ - ١٨ : « فان غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن لان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤخذ بتسليم كله... » والزيلعي، ج ٤، ص ١٢٩ س ٢٠ - ٢١ : « كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن ».

(٢١٥) السرخسي، ج ٣٠، ص ١٨٤ : « عند الاستحقاق انما يرجع على كل واحد منهم بما نقده من الثمن ».

(٢١٦) السرخسي، ج ٣٠، ص ١٨٠ : « رجع على كل واحد من البائعين بنصف قيمة البناء فان كل واحد منهم انما باعه النصف وانما ضمن له السلامة باعتبار عقده ».

ومن تطبيقات هذا المبدأ أن الكفلاء لا يلتزمون بالدين المكفول إلا منقسماً عليهم بقدر عدد رؤوسهم^(٢١٧). وإن الالتزام بدفع جعل لمن يرد العبد الآبق ينقسم فيما بين مالكي العبد، وذلك بنسبة حصصهم في الملكية^(٢١٨). وأخيراً نجد أن الالتزام الناشئ عن الجريمة هو نفسه ينقسم فيما بين مرتكبي الجريمة، وذلك سواء كان الضرر قد أصاب مالا^(٢١٩) أو نفساً^(٢٢٠).

(٢١٧) التيسير : كتاب الشركة : « كفلا ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه صار كل واحد كفيلاً بخمسائة لان قضية اطلاق الاضافة الاستواء كما لو اشترى عبداً صفقة واحدة » .

(٢١٨) الكاساني، ج ٦، ص ٢٠٤، س ١٦-١٧ : « لو كان الراد واحداً والآبق واحداً والمالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما » . والزيلعي، ج ٣، ص ٣٠٨ : « وإن كان العبد مشتركاً يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه » .

(٢١٩) الكاساني، ج ٧، ص ٢٧٤، س ٧ : « حصل التلف من فعلهما انقسم الضمان بينهما » . و ص ٢٨٠، س ٢٩ - ٣٠ : « ان كانوا جميعاً يسوقون فما تلف بذلك فصانته عليهم جميعاً لوجود التسبب منهم جميعاً » . وكذلك الحال في الالتزام بالتعويض بسبب شهادة الزور . انظر الكاساني، ج ٦، ص ٢٨٧، س ٢٣ - ٢٥ : « لو شهد رجل وامرأتان بمال ... ورجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين ... ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال نصفه على الرجل وربعة على المرأة » . وابن عابدين، ج ٤، ص ٥٥٠ .

(٢٢٠) الكاساني، ج ٤، ص ٢١٤، س ٢٢ - ٢٣ : « من جرح انساناً جراحة وجرحه وآخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين » . و ج ٧، ص ٢٥٧، س ٧ - ٨ : « العشرة اذا قتلوا رجلاً خطأ أو شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تحتمل عشرين » . والمبلغ نفسه الذي يقع على عاتق العاقلة ينقسم فيما بين أفراد العاقلة بحيث لا يتجاوز نصيب كل فرد حداً معيناً . انظر الكاساني، ج ٧، ص ٢٥٦، س ١٨ - ٢٢ : « ما تحتمله

٣٤٤ — إلا أننا إذا طبقنا أحكام الدعوى في فقه (أبي يوسف) أمكن الدائن الحصول على حكم بجميع المبلغ، ولو أن الدعوى قد وجهت لأحد المدينين دون غيره (٢٢١). وهذا المبدأ قد سلم به الجميع في حالة الميراث (٢٢٢).

العاقلة من الدية... لا يؤخذ من كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يزداد على ذلك لان الاخذ منهم على وجه الصلة والتبرع... ويجوز أن ينقص عن هذا القدر... ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يؤدي كاحدهم.

ويلاحظ أخيراً أن الانصبااء قد لا تكون متساوية. وذلك لان تقدير نصيب كل في المسؤولية قد يتبع في بعض الأحيان ضابطاً مادياً. من ذلك الكاساني، ج ٤، ص ٢١٤، س ١ — ٣: «حائط بين شريكين اثلاثاً مال الى الطريق فاشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله فعلى الذى اشهد عليه قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحائط وثقل الحائط اثلاثاً».

(٢٢١) ابن قاضي سماوة، ج ١، ص ٥٠: «له دين عليهما فبرهن على أحدهما والآخر غائب... قال أبو يوسف، اقضى به عليهما لو كانا شريكين فيما عليهما». «اقضى عليهما بجميع المال»، و ج ١، ص ٤٨: «برهن على رجل انه باعه هو وقلان الغائب قنا بكذا... على قياس أبي يوسف، ينبغي أن يقضى عليهما». «أبو يوسف... المشتري لو توحد وتثنى البائع لا يتعدى الحكم على الغائب بخلاف عكسه والفرق أن البائع لو تثنى فحق البائع غير متصل بحق الآخر اذ الصفقة متفرقة الا ترى انهما لو خاطبا رجلا بالبائع فقبيل نصيب أحدهما فله ذلك فلا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب أما لو تثنى المشتري فحق الحاضر متصل بحق الغائب الا ترى انه لو باع من اثنين فقبل أحدهما لم يصح فجاز أن ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب». وانظر مع ذلك ابن عابدين، ج ٤، ص ٢٥، في مطلب في بيان ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها.

(٢٢٢) ابن قاضي سماوة، ج ١، ص ٥٢: «في دعوى الدين ينتصب أحد الورثة خصماً عن الميت ولو لم يكن بيده شيء من التركة». و ص ٤٤: «ادعى ديناً على الميت وله ورثة صغار يكنى حضرة الواحد». وفي الحموى، أنه إذا بنى

٣٤٥ — هذا وإن مبدأ انقسام الالتزام فيما بين المدينين من الأهمية بمكان (٢٢٣) .

إذ أنه في حالة اعسار أحد المدينين يؤدي هذا المبدأ إلى جعل الدائن هو الذى يتحمل دون باقى المدينين نتائج الاعسار .

وقد أخذ بهذا المبدأ فى العمل ، كما يظهر من مجموعات الفتاوى (٢٢٤) ، ومن كتب الشروط (٢٢٥) .

الحكم على إقرار المدعى عليه فلن ينفذ الحكم إلا فى نصيبه . انظر الغمز ، ج ١ . ص ٣٩٩ ، رقم ١٠ : « أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين فانه لو أقر بالحق يلزم الكل من حصته وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم » .

(٢٢٣) فقد جاء فى سافيني . الالتزامات ، ج ١ . ص ١٥١ و ٣٥٧ :

« C'est la règle de droit importante . » وفى لاروميير ، ج ٢ ، ص ٣٥٦ ، رقم ٦ : « principe fondamental » .

(٢٢٤) الكواكبي (١١٣٧ هـ) ، وقد كان مفتياً بحلب . الفتاوى ، المخطوط رقم ٣١٣٢ بمكتبة بلدية الاسكندرية ، ص ٥١ / ١ : « سئل فى ثلاثة اشترى من زيد بضاعة كذا بثمن معلوم ولم يتكافلوا له فى الثمن فهل يلزم كلا منهم ثلث الثمن فاذا غاب أحدهم قبل اداء ما عليه من الثمن لا يلزم الحاضرين اداءه والحالة هذه أجاب نعم يلزم كلا منهم ثلث الثمن ولا يلزم الحاضرين اداء ما على الغائب منه » .

(٢٢٥) السرخسى . ج ٣٠ . ص ١٨٤ : « ان اشترى ثلاثة نفر من واحد كتب اشترى منه هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا اشترى منه فلان كذا وفلان كذا وهذا ما عليه العادة من إعادة الخبر إذا تخلل بينه وبين المخبر عنه كلام آخر فيكتب اشترى منه فلان كذا وفلان كذا ويكتب وقد نقده الثمن كله وافياً من أموالهم على قدر أنصبتهم التى اشترى منه نقد فلان من ذلك كذا وفلان كذا وفلان كذا وبرؤا اليه منه . . . » .

الفصل الثاني

في التضامن ما بين الملتزمين

٣٤٦ - رأينا أنه في الأصل ينقسم الالتزام فيما بين الملتزمين بحيث لا يكون كل منهم مسؤولاً إلا بقدر نصيبه في الالتزام. ولكن هناك أحوال يكون كل من الملتزمين فيها مسؤولاً عن الكل بحيث انه إذا وفي برىء هو وزملاؤه في آن واحد. وهو ما يطلقون عليه اليوم لفظ التضامن.

وانظر أيضاً المادة ٤٣٢، وخصوصاً المادة ١١١٣ من المجلة. أما مرشد الحيران، فلم ينص صراحة على هذه القاعدة.

وقد جاء ذكر هذا المبدأ في المؤلفات الغربية عن الفقه الاسلامي. من ذلك

ما جاء في شارلو، ص ٥٢، رقم ١٤٩ - ١٥٠ : « The law presumes that two or more persons jointly contracting a debt are equal participators in the benefit of the obligation. Each is therefore liable to the extent of his share alone, unless the contrary is specially provided for ». « If two :

٢ - ٤ : persons jointly contract a debt and one of them die, the survivor will be held responsible for a moiety only of the debt ... for the law presumes that each were equal participators in the profits of the loan, and that one should not be responsible for the share of advantage acquired by the other. So also where two persons are joint suretees for the payment of debt ... the survivor will not be considered as surety for the whole and that the one should be surety for the other. » وعن انقسام الديون الناشئة عن الجريمة، جاء في تيان،

ص ٢١٧ : « Quid en cas de pluralité d'auteurs d'un même dommage » :

الفرع الاول — مصادر التضامن

المبحث الأول — الاتفاق

٣٤٧ — المصدر الاول هو الاتفاق أو إرادة الطرفين . فاذا تعهد كل من المدينين أن يكفل المدينين معه يصبح كل واحد منهم ملزماً بجميع الدين . وقد وردت هذه المسألة بمجاميع (محمد) في حالة تعدد المشتريين^(٢٢٦) ، وفي حالة تعدد

Y a-t-il entre eux responsabilité solidaire ? Non. Le droit musulman n'admet pas la solidarité entre codélinquants. Ainsi, le cavalier et le conducteur d'un cheval sont responsables « par moitié » de la composition due par la mort du passant qu'ils écrasent. (*Hidaya*, IV, 164) Peut-être l'idée de peine, qui est au fond des systèmes des compositions n'est-elle pas étrangère à cette règle » .

ولانرى هذا التفسير الاخير مقنعاً . فان فكرة العقوبة تقتضى فى الواقع تجمع الغرامات . انظر جيرار ، ص ٢٩٦ . وسافيني : ج ١ ، ص ٢١٩ .

(٢٢٦) محمد : ص ٢/٣٤٥ : « باع قوماً غنماً على أن يأخذ أيهم شاء بحقه » . وهى الحالة التى برزت بمناسبتها الفكرة . انظر فيما بعد ص ١/٣٥٤ : « لو كانت الكفالة على ذلك فى أصل الصك فى عقد البيع ... » . ومحمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٩ : « رجلان اشترى عبداً بألف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه » . وقد ذكر جميع الفقهاء هذه الحالة . انظر الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ٢٤ ، و ص ١٥ ، س ١ : « لو اشترى رجلان عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن » .

المستقرضين (٢٢٧). وذكرت كذلك في حالة تعدد المدينين بوجه عام (٢٢٨).
وقد يصدر هذا التعهد أيضاً من جملة كفلاء إذ قد يكفل بعضهم بعضاً (٢٢٩).

(٢٢٧) محمد ، ص ١/٣٥٤ : « في عقد البيع أو القرض ، وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٦١ : « رجلان ... استقرضا مالا من رجل على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، وابن الهمام ، ج ٦ ، ص ٣٣٧ : « اقترضا معاً ، .
(٢٢٨) محمد ، ص ٢ / ٣٤٥ : « لو كان ثلثة نفر عليهم ألف درهم جميعاً وبعضهم كفلاء عن بعض ، ومن بعد محمد ، ذكر الحالة في صيغة عامة : القدورى ، ص ٦٥ : « الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل ضامن عن الآخر ، والمرغيناني ، البداية : « إذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم ... ، وانظر أيضاً في حالة الالتزام بضمان الاستحقاق ، السرخسى ، ج ٣٠ ، ص ١٧٤ : « فما ادرك فلان من درك فيها إن شاء اخذها بذلك جميعاً وإن شاء أخذ أحدهما حتى يسلبا له الدار أو يردا عليه الثمن ، وفي حالة الالتزام بالتعويض بسبب الاستحقاق ، السرخسى ، ج ٣٠ ، ص ١٨٠ : « يكتب أن كل واحد منهما ضامن لجميع ذلك ... حتى يكون له أن يرجع على أيهما شاء بجميع قيمة البناء لأن في النصف هو بائع وفي النصف الآخر هو ضامن عن صاحبه ، .

(٢٢٩) محمد ، ص ١/٣٤٦ : « إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل بها عنه رجلان ... فلم يؤد واحد منهما شيئاً حتى قالا للطالب أينما شئت أخذت بها ... أو قال هذه المقالة حين كفلا ، . ومحمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٩ : « رجلان كفلا عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، . والقدورى ، ص ٦٥ : « إذا تكفل اثنان عن رجل بألف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، . ولكن جميع هذه النصوص ترتب كآثر لهذا التكافل حقاً في الرجوع بخلاف عن حق الرجوع المقرر في أحوال التضامن الأخرى ، ولذلك نرى

٣٤٨ — ويخضع هذا الاتفاق لشروط انعقاد الكفالة بالطبيعة لما

الفقهاء جميعهم ينسبون هذا الأثر لكون الكفلاء قد تعهد كل منهم بعقد على حدة وكفل به كل الدين . فتكون هذه الحالة إذاً خارجة عن نطاق نظرية الالتزام المشترك .

وثابت من جهة أخرى أن الكفلاء المتعدين قد يتعهدون معاً في عقد واحد فينقسم الالتزام فيما بينهم ، فإذا كفل كل واحد منهم الآخر أصبحنا أمام حالة تضامن في التزام مشترك ، لذلك تكون آثار هذا التضامن هي بعينها الآثار التي تلاحظ في أحوال التضامن الأخرى . وهذا هو ما قرره الفقهاء بجلاء . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ٢٠ — ٢١ : « لو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى ثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة . . . » وس ٣٠ : « إن كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه إلى خمسمائة . » وص ١٥ ، س ٤ — ٥ : « هذا إذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل منهما عن صاحبه بجميع المال . » وقاضى خان : شرح الزيادات لمحمد ، كتاب الكفالة : « قال محمد ، رجل عليه ألف درهم فكفل عنه بهارجلان بأمره . . . فان لم يؤد أحدهما شيئاً حتى لقي الطالب الكفيل الآخر . . . له أن يأخذ أيهما شاء بألف درهم النصف بالكفالة عن الأصيل والنصف بالكفالة عن صاحبه وأيها أدى شيئاً يكون ذلك عن الأصيل لا عن صاحبه . . . ويشبه هذا برجلين عليهما ألف لرجل من ثمن بيع أو قرض وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه . . . ولا فرق بين المستلئين لأن الواجب على كل واحد منهما بحكم الكفالة عن الأصيل كالواجب عليهما بحكم البيع . » وانظر أيضاً المرغيناني ، ج ٦ ، ص ٣٣٨ . وهو يقرر قصر الحل الوارد في نص هو بعينه نص محمد ، على حالة ما إذا كفل كل واحد بكل الدين : « ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك . » ويلاحظ أنه يتكلم عن المعنى الصحيح ، مما يشعر أن هناك جدلاً ، وهو ما يلاحظه سعدى جلي ، ج ٦ ، ص ٣٣٨ — ٣٣٩ : « أقول فيه بحث . »

أنه كفالة متبادلة . من ذلك أن قبول الدائن لا يكون ضرورياً وفقاً لمذهب
(أبي يوسف) (٢٣٠) .

وفي نفس المعنى الزيلعي ، ج ٤ ، ص ١٦٨ : « هذا اذا تكفل كل واحد منهما
عن الأصل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع
وأما ... لو تكفلا عن الأصل بجميع الدين معاً ثم كفل كل واحد منهما
عن صاحبه لأن الدين ينقسم عليهما نصفين » . والتارخانية ، ج ٣ ، ص ١/٢٣ :
« يريد به إذا تكفل كل واحد منهما بجميع المال ثم يكفل كل واحد منهما عن
صاحبه بالمال » . « أما لو كفلا له عن رجل بألف درهم ثم يكفل كل واحد منهما
عن صاحبه ... » . وهذا النص منقول عن الينايع .

فالاجماع اذا منعقد على هذا المعنى . قارنت الحالة التي ذكرها رضى الدين
السرخسي ، المحيط ، نقلاً عن المتقى (انظر المخطوط ٣٢ بمكتبة الازهر في باب
كفالة الرجلين ، في آخره) . وفيها أن الكفالة اذا انعقدت بغير أمر المدين لا يكون
الكفيلان المتكافلان قد كفل كل منهما بكل الدين ، فيكون اذا حكم هذه الحالة
هو حكم الحالات الاخرى للكفالة المتبادلة ، كما يقرر صراحة النص المذكور .

(٢٣٠) الطحاوى ، ص ١ / ٥١ : « لا يجوز الكفالة ... ولا يجب في قول
ابي حنيفة الا بعد قبول المكفول له ... مخاطباً له بذلك ... » . وأما ابو يوسف
ومحمد ، فكانا يجيزان الضمان والكفالة والحالة بغير قبول ... وبه نأخذ ، .

وكما يرى ، يقول الطحاوى ، ان قبول الدائن ليس ضرورياً في مذهب محمد . وقد
أخذ الطحاوى ، وهو من الفقهاء المجتهدين ، بهذا المذهب . ولكن غيره من الفقهاء
يقول أن هذا هو مذهب أبي يوسف . انظر برهان الدين ، المحيط البرهاني .
ونفس النص في رضى الدين السرخسي . المحيط ، انظر ج ٧ . في أول صفحة من
كتاب الكفالة : « عند أبي يوسف ، الركن هو الايجاب وهو قوله كفلت » . أما
الكاساني ، فيقرر أن ابا يوسف نفسه قد رجع عن رأيه الاول . انظر ج ٦ ،
ص ٢ ، ص ٣ - ٤ : « وهو قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الاول الركن هو
الايجاب » .

وهذا الاتفاق قد يقع عند حصول العقد المنشئ للالتزام أو بعد ذلك^(٢٣١). وقد يقع من كل من المدينين على التعاقب أو في وقت واحد^(٢٣٢). ويلاحظ أخيراً أن قبول المدين المكفول عنه هو أيضاً ليس بشرط إلا إذا أريد استعمال حق الرجوع^(٢٣٣).

٣٤٩ — ولا يشترط في أى حال من الأحوال أن تذكر صراحة الكفالة المتبادلة، بل يكفي النص على أن للدائن أن يطالب أيأ شاء من المدينين^(٢٣٤). وهذه العبارة الأخيرة هي التي استعملها الفقهاء للتعبير عن

(٢٣١) محمد، ص ٣٤٦ / ١: «كفل عنه بها رجلان ولم يقل كل واحد كفيل عن صاحبه... ولم يؤد واحد منهما شيئاً حتى قالاً للطالب ايناشتت أخذت بها... أوقالا هذه المقالة حين كفلا فهو سواء... والسرخسي، ج ٢٠، ص ٣٨: «هذه الزيادة الحققتها بالكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور في أصل الكفالة الأولى».

(٢٣٢) محمد، ص ٣٤٦ / ١: «فان كانت هذه متفرقة أو متجمعة... وان لقي أحدهما فاشترط ذلك عليه بامر صاحبه ولقي الآخر فاشترط عليه مثل ذلك بامر صاحبه فهو سواء».

(٢٣٣) انظر فيما بعد. وقارن المسألة التي وردت بالمنتقى. انظر الحاشية ٢٢٩.

(٢٣٤) محمد، ص ٣٤٥ / ٢، منسوباً لواضع المذهب الامام ابى حنيفة نفسه: «قال أبو حنيفة... اذا اشترط انه يأخذ ايهم شاء بحقه وكذلك اذا قال بعضهم كفلا على بعض ولم يقل بالمال فهو بالمال وكذلك اذا قال كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه... و ص ٣٤٦ / ١: «قالا للطالب ايناشتت أخذت بها... والسرخسي، ج ٢٠، ص ٣٤ — ٣٥: «لا فرق في هذا الحكم بين أن يشترط أن يأخذ ايهم شاء بحقه... وبين أن يشترط أن بعضهم كفيل عن بعض بالمال أو لم يقل بالمال لان ذلك معلوم بدلالة الكلام... و ص ٣٨: «لو كتب ذكر حق على رجل بالف درهم وفلان وفلان كفيلان بها وايهما شاء أخذ بها».

التضامن . على أن هذه العبارة تؤدي تماماً ما تؤديه الكفالة المتبادلة كما قد ذكر صراحة في نص منسوب (لأبي يوسف) (٢٣٥) .

٣٥٠ — والمفروض هنا أن التزام الملتزمين نشأ عن سبب واحد (٢٣٦) ، وإن موضوعه واحد (٢٣٧) . وقد نص في بعض الحواشي صراحة على هذين الشرطين . ولكن اشتراط توفرهما في هذه النصوص يرجع إلى أن انتفاء الوحدة يخل بآثار التضامن فيما بين المدينين كما سنبينه (٢٣٨) ، حتى أنهم اشتراطوا

أما اشتراط أن الحى يكفل الميت أو الملىء يكفل المعدم فلا يفيد ، لأنه ينطوي على الجهالة . وهذا هو فقه أبي حنيفة نفسه . انظر محمداً ، ص ٣٤٥ / ٢ : « فان قال ملهم على معدومهم أو قال حيمهم على ميتهم فان هذا ليس بشئ . » . والسرخسي أيضاً ، في الموضع المشار اليه ، ص ٣٥ . ونجم الدين النسفي : « طلبه الطلبة » ، ص ١٤١ . (٢٣٥) رضى الدين السرخسي . المخطوط ٣٢ بمكتبة الأزهر ، ج ١٢ : كتاب الكفالة ، نقلاً عن المنتقى : « وفي المنتقى ... قال أبو يوسف إذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة الكفالة من كل واحد منهما عن صاحبه . » .

(٢٣٦) لذلك قد استبعدنا قصداً حالة الكفالة البسيطة . فان الكفيل العادى ، ولو أنه مسؤول بالتضامن وبغير حاجة إلى شرط خاص عن نفس الدين . إلا أن سبب التزامه يختلف عن سبب التزام الاصيل اذ ان سبب التزام الكفيل هو عقد الكفالة .

(٢٣٧) ويقول ابن الهمام بصدد المسائل المبحوثة هنا أن الدين واحد . انظر ج ٦ ، ص ٣٤٠ : « المديونين بدين واحد » .

(٢٣٨) عن وحدة السبب ، انظر ابن الهمام : ج ٦ ، ص ٣٣٧—٣٣٨ : « لو كان نصف بقرض مثلاً ونصفه يبيع وعين صح » . والطحطاوى ، حاشية ، ص ١٦٥ : « قوله دين عليهما أى استويا فيه ... سبباً فلو اختلفا ... سبباً كان كان

كذلك ألا يكون الالتزام مؤجلا بالنسبة للواحد، إذا كان هو حالا بالنسبة للآخر (٣٣٩).

المبحث الثاني — الشرع

المطلب الأول — الحالة الأولى

٣٥١ — الشركاء في شركة مفاوضة يكفل بعضهم بعضاً (٢٤٠). فإذا ما التزموا

ما على أحدهما قرضاً وما على الآخر ثمن مبيع . وابن عابدين . ج ٤ ، ص ٣٩٦ . وانظر مع ذلك في الزيلعي ، ج ٤ ، ص ١٦٨ ، حالة تعدد الكفلاء إذا تعهد كل منهم بعقد على حدة ولكن بقدر من الدين : « إذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الأولى » . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٩٧ . على أن هذا الحل لا يمكن تبريره . لأن المبادئ الموضوعية لخصم ما يدفع من ديون متعددة تقضى بانه إذا كان هناك دينان وجب كل بعقد على حدة فان للمدين أن يعين الدين الذي منه يريد خصم ما دفع . انظر السرخسي . ج ٢٠ ، ص ٤١ : « لو كان لرجل على رجل ألف درهم في صك وبه رهن وألف في صك آخر وبه رهن آخر فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أي الصكين شاء فيسترد ذلك الرهن » .

أما عن وحدة الموضوع : فان القاعدة العامة تقرر أن التعيين يكون دائماً ممكناً إذا كان موضوع أحد النصيين يختلف عن موضوع النصيب الآخر . انظر ابن الهمام : ج ٦ ، ص ٣٣٧ — ٣٣٨ : « التعيين في الجنس الواحد لغو ... في الجنسین معتبر » .

(٢٣٩) الزيلعي ، ج ٤ ، ص ١٦٧ : « لو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه » . والطحطاوي ، ص ١٦٥ : « دين عليهما ان استويا فيه صفة ... فلو اختلفا صفة كأن كان ما على أحدهما مؤجلا وما على صاحبه حالا فان أدى صح تعيينه عن شريكه » . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٩٦ .

(٢٤٠) القدوري ، ص ٥٩ ، س ٢ : « ما يلزم كل واحد من الديون ... »

معاً كان كل منهم مسؤولاً عن الالتزام جميعه^(٢٤١). ويلاحظ انه، خلافا لما هو حاصل في تضامن الدائنين^(٢٤٢)، التضامن هنا متحقق في كل التزام^(٢٤٣).

فالآخر ضامن له . والسرخسي، ج ١١، ص ١٧٧ : « بحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالباً بما يجب على صاحبه » . و ج ١٧، ص ١٩٤ : « الكفالة العامة لكل واحد منهما عن صاحبه » . والكاساني، ج ٦، ص ٧٤، س ١٢ : « كل واحد منهما كفيل عن الآخر » . والبارقي، ج ٦، ص ٣٣٩ : « تنعقد على الكفالة » .

ولا يلزم ذكر الكفالة صراحة ، فهي مفروضة شرعاً . وقد جاء في برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٥٧٥ / ١ ما يفيد ذلك بجلاء : « ذكر الكفالة في هذه الشركة ليس بشرط لكن عند صحة العقد ثبت حكم الكفالة » .

(٢٤١) ويكون كل منهم مسؤولاً أيضاً عن الكل ولو ان واحداً فقط حضر عند العقد، ولكن أساس الالتزام يختلف . أما العاقد فيطالب بكل الدين على أساس العقد، وأما شريكه فعلى أساس الكفالة . انظر الكاساني ، ج ٦، ص ٧٢، س ٣٤ : « صاحب الدين بالخيار ان شاء اخذ هذا بدينه وان شاء اخذ هذا بحق الكفالة » . والكفاية ، ج ٥ ، ص ٣٨٤ : « ان شاء اخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء اخذ شريكه لكفاله عنه » . وكذلك الحال في الالتزام الناشئ عن جريمة ارتكبا أحد الشركاء .

(٢٤٢) محمد ، ص ٢٤٩ / ١ : « وليس الدين الذي يلزم أحدهما فيؤخذان به جميعاً كدين يجب لأحدهما خاصة دون الآخر » . و ص ٢٥١ / ١ : « ولا يشبه الدين الذي على أحدهما الدين الذي لأحدهما ألا ترى أن كل دين يلزم أحدهما فهو عليهما جميعاً إلا جناية أو مهرأ وانه قد يكون الدين لأحدهما من ميراث أو غيره ولا يكون للآخر أن يتقاضاه » .

(٢٤٣) سواء كان ناشئاً عن عقد . كالالتزام الناشئ عن عقد بيع . محمد ، ص ٢٥٠ / ٢ : « لو اشترى بضاعة ... » . وبرهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص

٥٧٥ / ٢ : « ثمن مشتري صحيح » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٢ ، س ٣٠ .
والمرغيناني ، ج ٥ ، ص ٣٨٤ .

ولو فاسد . محمد ، ص ٢٤٩ / ١ : « لو ابتاع يبيعاً فاسداً ... كان للبائع أن
يأخذ أيهما شاء بالقيمة » . والمراجع المشار إليها آنفاً .

أو عن فسخه . بسبب الاستحقاق . محمد ، ص ٢٥١ / ٢ : « يرجع بالثمن على أيهما
شاء » . أو بسبب عيب في المبيع . محمد ، في نفس الصفحة : « فإن وجد المشتري عيباً ...
يأخذ أيهما شاء » .

أو عن عقد اجارة أشياء . محمد ، ص ٢٤٨ / ٢ : « إذا استأجر ... دابة في
عملهما أو في تجارتها » . وابن الهمام ، ج ٥ ، ص ٣٨٥ : « أجره ما استأجره » .
ولو كان موضوع الالتزام التسليم . محمد ، ص ٢٤٨ / ٢ : « أجر عبداً ...
كان للمستأجر ... أن يأخذ الآخر بما يلزم صاحبه حتى يدفع إليه الذي أجره
صاحبه » .

أو عن عقد اجارة أشخاص . محمد ، ص ٢٤٨ / ٢ : « استأجر ... أجيراً » .
ولو كان موضوع الالتزام عمل شيء ، إذا كان الأمر متعلقاً بشركة أعمال .
السرخسي ، ج ١١ ، ص ١٧٩ : « إذا تقبل أحدهما عملاً أخذ الآخر به » . وقاضي
خان ، ج ٣ ، ص ٦٢٣ : « لصاحب الثوب أن يطالب بالعمل أيهما شاء » .
أو كان ناشئاً عن ضرر ، كما إذا هلك الشيء بخطأ منسوب للمودع . محمد ، ص
٢٤٩ / ١ : « لو كانت عند أحدهما وديعة فعمل بها كان ضامناً .. ويأخذ رب
الوديعة أيهما شاء » .

أو للمضارب . محمد ، ص ٢٤٩ / ١ : « لو كان عندهما مال مضاربة في نوع
من المتاع فخالف أحدهما ... الضمان عليهما جميعاً » .

أو للمستعير . برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٢ ، ص ٥٧٧ / ٢ : « استعار دابة
ليركبها ... فعطبت فهما ضامنان » .

أو للمستأجر . الكاساني ، ج ٦ ، ص ٧٢ ، س ٢٣ : « والاجارات » .
ولا يهم ما إذا كان الخطأ منسوباً للواحد دون الآخر من الشركاء . أنظر برهان

ولو أنه لم ينشأ عن أعمال الشركة (٢٤٤)، بشرط أن يكون ذا صبغة مالية (٢٤٥).

الدين، الذخيرة، الموضع المشار اليه: وفركها شريكه إلى غير ذلك المكان فعطبت. وأخيراً قد ينشأ الالتزام عن جريمة، كما في حالة الغصب. محمد، ص ٢/٢٤٨: « اغتصب... مالا فاستهلكه فانه يلزمه ذلك هو وصاحبه جميعاً يأخذ الطالب أيهما شاء. »

أو الائتلاف. محمد، ص ٢/٢٤٨: « عقر دابة أو خرق ثوبا. »

(٢٤٤) إذا اشترى مالا معداً للاستعمال الخاص. محمد، ص ٢/٢٥٠ — ١/٢٥١: « لو اشترى جميعاً وهو كسوة لأحدهما اما كان يأخذ أيهما شاء. » « وكذلك إذا اشترى خاصة نفسه. » والكاساني، ج ٦، ص ٧٤، س ١٦ و س ١٩: « وما اشترى أحدهما من طعام لأهله أو كسوة أو ما لا بد له منه... للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء. »

كذلك الأمر في حالة اجارة الأشياء أو الأشخاص. محمد، ص ٢/٢٤٨: « وان استأجره أحدهما في شيء من أمره خاصة والأجر عليهما جميعاً يأخذ الأجر أيهما شاء. » « وكذلك لو استأجر دابة يحمل عليها متاعاً من متاع بيته خاصة... فان رب الدابة يأخذ أيهما شاء. » وابن الهمام، ج ٥، ص ٣٨٥: « أجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة. » والكفاية، ج ٥، ص ٣٨٤: « وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر إبلاً إلى مكة ليحج عليها فلمؤجر أن يأخذ أيهما شاء. »

(٢٤٥) وعلى ذلك يلزم أن يكون قد ترتب على ارتكاب الجريمة انتقال ملك من ذمة إلى أخرى (انظر الكاساني، ج ٦، ص ٧٣، س ١٠ — ١١. والسرخسي، ج ١١، ص ١٩٠). فلا تضامن إذا كانت الجريمة قد وقعت على نفس الدائن أو على نفس مورثه. محمد، ص ٢/٢٤٨: « إذا جنى... جنابة خطأ أو عمداً فلا شيء على شريكه... وكذلك كل جنابة في نفس أو دونها. » ولا تضامن أيضاً في الدين الناشئ عن صلح عن جنابة. محمد، ص ٢/٢٤٨: « ولو صالح الجاني على مال من أرش الجنابة لم يكن لصاحب الجنابة على الآخر من ذلك شيء. »

المطلب الثاني - الحالة الثانية

٣٥٢ - الشركاء في شركة العنان بالأعمال مسؤولون بالتضامن عن التزامهم بالعمل^(٢٤٦). ويسألون كذلك بالتضامن عن التعويض المستحق في حالة هلاك الشيء المسلم لهم، ولو كان الهلاك منسوبا لخطأ أحدهم فقط^(٢٤٧). هذا ويستند التضامن هنا أيضا الى فكرة الكفالة، على انه لا يتعدى

وفي الكاساني، ج ٦، ص ٧٣، س ٩ - ١٠ أن أبا يوسف، قد ذهب في رواية إلى أن لا تضامن في جميع الديون الناشئة عن جرائم ولو كانت الجريمة قد وقعت على المال: « روى عن أبي يوسف، أن ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم إلا فاعله لأنه ضمان جنائية ».

وكذلك الحال أيضاً في المهر الواجب للزوجة على الزوج. محمد، ص ٢٤٩ / ١: « المهر ... لا شيء على شريكه من ذلك » . والسرخسي، ج ١١. ص ١٨٩. وفيما وجب على الزوجة للزوج بالخلع. برهان الدين، الذخيرة، ج ٢، ص ٥٧٥ / ١. والكاساني، ج ٦، ص ٧٣. وفي النفقات. برهان الدين، الموضع المشار اليه. والكاساني، المرجع المذكور.

(٢٤٦) القدوري، ص ٥٩: « ما يتقبله كل واحد من العمل يلزمه ويلزم شريكه ». والكاساني، ج ٦، ص ٧٦: « متى تقبل يجب عليه وعلى شريكه ». و« لصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء. لوجوبه على كل واحد منهما ». « قد لزمه كل العمل ».

(٢٤٧) الكاساني، ج ٦، ص ٧٦، س ٥٥: « وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جنائية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به ». وقد جاء هذا عن طريق غير ظاهر الرواية بإسناد بشر، منسوباً إلى أبي يوسف، إلى أبي حنيفة. وقد ذكر صراحة أن هذا الحكم مخالف للقياس. انظر قاضي خان، ج ٣، ص ٦٢٤: « عن أبي حنيفة، ما جنت يد أحدهما كان الضمان عليهما يأخذ أيهما شاء..... ».

التضامن في شركة العنان هاتين المسألتين (٢٤٨) .

٣٥٣ - وقد نص أحد فقهاء العصر الذهبي، وهو (قاضي خان)، على أن التضامن يتحقق أيضاً بين الشركاء في شركات العنان الأخرى على اختلاف أنواعها، إذا ذكرت الكفالة صراحة بعقد الشركة (٢٤٩) .

٣٥٤ - ولا يزول التضامن فيما بين الملتزمين بانحلال الشركة، خلافاً لما هو حاصل في التضامن بين الملتزم لهم (٢٥٠) . ذلك أن التضامن بين الملتزمين

(٢٤٨) فهي في الواقع قد ألحقت بشركة المفاوضة بالنسبة لهاتين الحالتين، وشركة المفاوضة تستند كما رأينا إلى فكرة الكفالة . انظر الكاساني، ج ٦، ص ٢١ : « الحقناها بالمفاوضة في حق وجوب العمل والمطالبة بالآجرة وفي حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر فيما وراء ذلك على أصل القياس » . وقاضي خان، ج ٣، ص ٦٢٤ : « صار في معنى المفاوضة في باب ضمان العمل » .

(٢٤٩) قاضي خان، ج ٣، ص ٦١٣ : « ولا يكون في شركة العنان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه إذا لم يذكر الكفالة » . ويأخذ ابن عابدين بهذا الرأي . انظر ج ٣، ص ٥٢٦ .

(٢٥٠) محمد، ص ٢/٢٥١ : « لو ادان أحدهما قبل الفرقة ديناً ثم افرقا كان له أن يأخذ أيهما شاء لأن هذا دين وجب قبل الفرقة » . ولكن يلزم أن يكون الدين قد نشأ قبل حل الشركة . ففي الالتزام برد الثمن بسبب الاستحقاق، يلزم أن يكون الثمن قد دفع بالفعل قبل حل الشركة، ولا يهم بعد ذلك أن كان الاستحقاق قد حصل بعد الانحلال . محمد، ص ٢/٢٥١ : « لو استحق المبيع بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبل الفرقة فإنه يرجع بالثمن على أيهما شاء » . فالرد في الواقع يكون بدعوى استرداد، وأساسها الدفع . انظر أيضاً قاضي خان، ج ٣، ص ٦٢٣ . وبالعكس إذا كان الرد بسبب عيب في المبيع، فلا ينشأ الالتزام إلا في يوم صدور الحكم . انظر محمداً، ص ٢/٢٥١ : « إذا وجد عيباً ولم يرد ولم يخاصم حتى افرقا لم يكن له أن يخاصم إلا من باعه » . وقاضي خان، ج ٣، ص ٦٢٣ : « لو كان

لا يستند في الواقع الى فكرة الوكالة (٢٥١) .

٣٥٥ — ويلاحظ انه بعد انحلال الشركة ، للدائن أن يطالب كلا من الشركاء بجميع الدين على أساس فكرة الكفالة المتبادلة، ولو أن العقد قد صدر من واحد فقط من الشركاء ، أو كانت الجريمة مصدر الالتزام فدارتكها أحدهم فقط (٢٥٢) .

المشتري رده على شريك البائع بالعيب قبل الفرقة وقضى له بالثمن أو بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان له أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ... لأن ثمت إنما يجب الثمن على البائع وقت الرد فان كان الرد بعد الفرقة لا يكون للمشتري أن يطالب الآخر به .

(٢٥١) الوكالة يصح الرجوع فيها ، وقد تنقضى أيضاً بموت أحد الطرفين . وليس الأمر كذلك في عقد الكفالة . فلا الكفيل يستطيع الرجوع في تعهده . انظر برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٣ ، ص ٢٣٣ / ١ : « الكفيل بالمال إذا أخرج نفسه من عهدة الكفالة بحضرة المكفول له والمكفول عنه لا يخرج » . ولا موت الكفيل أو المدين يقضى على العقد . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ٣ ، س ١٨ : « مات الاصيل قبل تمام السنة ... هو على الكفيل إلى أجله » . « وكذا لو مات الكفيل دون الاصيل يحل ... وهو على الاصيل إلى أجله » .

لذلك يظل التضامن قائماً بعد انحلال الشركة . قاضي خان ، ج ٣ ، ص ٦٢٣ : « الشركة إذا انقطعت بقيت الكفالة » . والبايرتي ، ج ٥ ، ص ٣٣٩ : « لأن الكفالة ثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق » . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٨٩ : « لتضمنها الكفالة ولا تبطل بالافتراق » .

(٢٥٢) محمد ، ص ٢ / ٢٥١ : « لو ادين أحدهما قبل الفرقة ديناً ثم افترقا كان له أن يأخذ أيهما شاء » . وقاضي خان ، شرح الجامع الصغير لمحمد ، المخطوط ٧٤٣ بدار الكتب : « مقتضى عقد المفاوضة على ما يذكر في موضعه فيطالب كل واحد منهما بجميع الدين ، النصف بحكم الاصل والنصف بحكم الكفالة » .

وعلى ذلك تكون وظيفة الكفالة المتبادلة أوسع أثراً في حالة الانحلال .
وهذه هي الحالة التي اعتبرها الفقهاء ، في النصوص المتعلقة بالتضامن (٢٥٣) .

الفرع الثاني - آثار التضامن

المبحث الأول - علاقات الدائن بالمدينين

٣٥٦ - الأثر الأول للتضامن هو تمكين الدائن من مطالبة كل واحد
من المدينين بجميع الدين (٢٥٤) .

وللدائن مطلق الحرية في توجيه مطالبته للواحد دون الآخر ، حسب
اختياره (٢٥٥) . ويجوز للدائن أيضاً مطالبة جميع المدينين معاً في وقت

(٢٥٣) محمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٩ : « في متفاوضين افترقا فلاحجاب
الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى
يؤدي أكثر من النصف » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ١٥ : « وكذلك المتفاوضان
إذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئاً
لا يرجع على شريكه » . والمرغيناني ، ج ٦ : « وإذا افترق المتفاوضان فلاحجاب
الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
على ما عرف في الشركة » . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٢٩٨ .

(٢٥٤) محمد ، ص ٣٤٦/١ : « يأخذ أيهما شاء بالمال كله » . والسرخسي ،
ج ٢٠ ، ص ٣٤ : « له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال » . وقاضي خان ، ج ٣ ،
ص ٦١ - ٦٢ : « للبائع أن يأخذ أيهما شاء بجميع الالف » .

وفي حالة الشركة . محمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٩ : « فلاحجاب الديون أن
يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين » . والمرغيناني ، البداية ، ج ٦ ، ص ٣٤٠ .

(٢٥٥) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « يأخذ أيهم شاء ويرجع على أيهم شاء ويختار
أيهم شاء » . وذلك في الواقع تطبيق لقاعدة مقررة في كتاب الكفالة وهي تقضي

واحد (٢٥٦) أو على التعاقب (٢٥٧). ولا يضيع عليه حقه قبل الآخرين إذا قاضى أحد المدينين (٢٥٨).

بأن للدائن مطلق الحرية في اختيار مطالبة الكفيل أو الأصيل. فليس إذا لحق التجريد وجود. انظر السرخسي، ج ٢٠، ص ٢٨: «لطالب أن يأخذ أيهما شاء». والكاساني، ج ٦، ص ١٠، س ٢٧ — ٢٨: «والطالب بالخيار إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل». وعلى ذلك لا يلزم أن تكون مطالبة الأصيل عسيرة لكي يستطيع الدائن مطالبة الكفيل. ابن عابدين، ج ٤، ص ٣٤٨: «سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا».

(٢٥٦) محمد، ص ٢/٣٤٥: «يأخذ أيهم شاء إن شاء واحداً وإن شاء جميعاً». وهذا أيضاً تطبيق لمبدأ مقرر في كتاب الكفالة. انظر المرغيناني، ج ٦، ص ٢٩٩: «له أن يطالبهما».

(٢٥٧) محمد، ص ٢/٣٤٥: «يختار أيهم شاء ثم يختار الآخر بعد ذلك». وبالنسبة للكفالة، انظر محمداً، ص ١/٣٥٦: «قال أبو حنيفة لو كفّل رجل بمال على رجل كان للطالب أن يأخذ... واحد بعد واحد».

ويظهر مع ذلك أن فقهاً سابقاً في العهد على محمد كان يذهب إلى أن اختيار الدائن يسقط حقه في مطالبة الآخرين، ما لم يمت المدين المطالب أو يعسر. انظر محمداً، ص ١/٣٦٦: «وقال بعض قضاتنا... لم يكن له أن يعود على الآخر إلا أن يفلس أو يموت».

(٢٥٨) وفي كتاب الكفالة رأى منسوب لابن أبي ليلى فحواه أن التزام الأصيل ينقضي بمجرد تعهد شخص بكفالة هذا الالتزام. وعلى ذلك لا يكون للدائن سبيل أبداً إلا على الكفيل كما لو كان قد حصل تجديد الدين باستبدال المدين. وطريق هذا الرأي، أنه ليس من المقبول أن يلتزم شخصان معا وفي نفس الوقت بشيء واحد قبل شخص واحد، إذ بذلك يصبح للدائن دينان بدلاً من دين واحد ويكون الدائن بالتالي قد أثرى بالنسبة للدين الثاني دون ما سبب

٣٥٧ — على أنه ليس هناك ما يمنع الدائن من مطالبة كل مدين بقدر

وقد كان من السهل أن يجاب عن ذلك أن الاثراء لا يكون إلا إذا حصل وفاء والوفاء من الاثنين لا يجوز . فالصحيح إذاً أن نقول ان الوفاء من أحدهما — لا مجرد التزامه — هو الذى يقضى على التزام الآخر . وقد سلك البعض طريقاً آخر فى الاجابة عن هذا الاشكال . فقد لجأ هذا البعض إلى التفرقة المألوفة بين الدين والمطالبة ، ويقول ان الكفيل لا يكون ملتزماً بدين بل بمجرد مطالبة ، بينما الدين يكون على عاتق الاصيل وحده . ونرى أنه يمكن الاستغناء عن هذا التوجيه ، فهو فى الواقع لا يرد تماماً على الاشكال . انظر فى هذا كله السرخسى ، ج ١٩ ، ص ١٦١ : « ليس ضرورة ثبوت المال فى ذمة الكفيل مع بقاءه فى ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لأنه وإن ثبت الدين فى ذمتها فلان لا يكون الا من أحدهما ... [و] اختيار تضمين أحدهما .. لا يوجب البراءة ما لم توجد حقيقة الاستيفاء فلماذا ملك مطالبة كل واحد منهما » . أما عن رأى المخالف فقد جاء : « عند ابن أبى ليلى الكفالة توجب براءة الاصيل كالحالة لأنه لا بد من وجوب الدين فى ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الاصيل منه لأن ما ثبت فى محل ما دام باقياً فى ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة وإذا ثبت فى محل آخر فرغ منه المحل الأول ضرورة لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شاغلاً لمحلين وقد ثبت الدين فى ذمة الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الاصيل » . وانظر أيضاً الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٠ ، ٢٧ و ٢٩ — ٣٠ . والحصيرى ، ج ٥ ، كتاب الشركة ، فى باب من الاستحقاق فى الشرى والضمان .

على أن رأى ابن أبى ليلى لم يسد . ومع ذلك نجد فى كتب الشروط نصوصاً توضع للاحتراز من هذا رأى . أما رأى الذى عليه الجمهور فهو ان الاصيل لا يبرأ لمجرد تعهد الكفيل وان مطالبة الكفيل أيضاً لا تبرئ المدين كما أن مطالبة المدين لا تبرئ الكفيل . السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٢٨ : « بمطالبة أحدهما لا يسقط حقه فى مطالبة الآخر » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٠ ، ص

حصته فقط رغم التضامن (٢٥٩). ولكن لكل واحد من المدينين أن يرغب الدائن على قبول الوفاء بجميع الدين (٢٦٠).

٣٥٨ - ويلاحظ هنا أنه طبقاً لأحكام الدعوى، يستطيع الدائن أن يحصل على حكم ضد جميع المدينين المتضامنين ولو أن الدعوى موجهة ضد أحدهم فقط. على أن الحكم بالنسبة للآخرين لا يكون إلا بما هم فيه أصلاً (٢٦١).

٣١ - ٣٢ : « وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته » ، والمرغيناني ، ج ٦ ، ص ٢٩٩ : « لو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر » . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٤٨ : « اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب برائة الآخر ما لم توجد حقيقة الاستيفاء » .

ولكن يظهر من نص وارد في محمد ان ابن أبي ليلى نفسه قد استبعد فكرة برائة الأصل في حالة الكفالة المتبادلة أو التضامن . أنظر محمداً ، ص ٣٦٦ / ١ : « قال ابن أبي ليلى يبرأ الأول والمسال على الكفيل إلا أن يشترط أن كل واحد منهما كفيل على صاحبه » .

(٢٥٩) السرخسي ، ج ٢٠ ، ص ٣٤ : « له أن يطالب أيهم بجميع المال مع بقاء حقه في المطالبة الأصلية وهو أن يطالب كل واحد منهم بالثالث » . وكذلك في الكفالة ، للدائن الحق دائماً في مطالبة الأصل دون الكفيل . انظر الحاشية ٢٥٨ .

(٢٦٠) ففي الواقع للمدين - سواء على اعتباره كفيل أو على اعتباره أصيلاً - أن يرغب الدائن على قبول الوفاء . ولا يكون له ذلك إذا كان قد دفع قضاء عن الغير على سبيل التبرع . أنظر برهان الدين ، المحيط ، ج ٧ ، كتاب الكفالة ، ص ٣١ منه : « كفيل ثلثة عن رجل ... لو أدى أحدهم جميع الالف لا يجبر الطالب على القبول لأنه في الثلثين متبرع عن الآخر [كذا] » .

(٢٦١) فلا يكلف الدائن بإثبات حقه قبل المدينين الآخرين . ذلك أن

٣٥٩ — الأثر الثاني للتضامن هو اعتبار الوفاء الصادر من أحد

الكفيل ينوب عن الأصل في الدعوى . ولكن على اعتبار المدينين الآخرين كفلاء . يلزم تجديد المطالبة ضدهم ، فإن الأصل لا ينوب عن الكفيل في الدعوى . الواقع إذا إن الحكم ، هنا أيضا ، هو مجرد تطبيق للاصول المقررة في الكفالة . وقد ورد هذا الحكم في برهان الدين ، المحيط ، كتاب الكفالة . وذكر فيه أنه جاء عن طريق غير ظاهر الرواية بإسناد ابن رستم . وقد أورده ابن قاضي سماوة نقلا عن المحيط ، في جامع الفصولين ، ج ١ ، ص ٥٠ - ٥١ ، وهو فيه أوضح : « باع منهما بألف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فبرهن على أحدهما أن له عليه وعلى فلان الغائب ألفا وكل منهما كفيل عن الآخر بأمره يحكم على الحاضر بألف نصفه إصالة ونصفه كفالة فلو حضر الغائب قبل أخذ الألف لم يكن للبائع أن يأخذ ممن حضر إلا خمسمائة الأصلية إذ الحكم على كفيه حكم عليه والحكم على المكفول عنه ليس يحكم على الكفيل . »

ولكن قد يؤخذ من بعض النصوص أن الدعوى الموجهة لأحد المدينين تؤدي إلى الحصول على حكم بالكل ضد الآخرين ، فتكون النيابة بين المدينين مطلقة . انظر ابن قاضي سماوة ، ج ١ ، ص ٥٠ - ٥١ : « لو كان كل منهما كفلا عن صاحبه ينتصب الحاضر خصما عن الغائب . » و « قال أبو الليث ، في النوازل ، لو كفل كل منهما عن الآخر بأمره ينتصب الحاضر خصما عن الغائب . » و ص ٤٨ : « لو كان قد ضمن كل منهما ما على الآخر من الثمن جاز ويقضى عليهما ولا حاجة إلى إعادة البينة على الغائب . » ومحمد بن الحسين ، الفتاوى الانقروية ، ج ٢ ، ص ٩٣ . ولكن قد أشير بعضهم على هامش هذا الكتاب الأخير بما يفيد خطأ المؤلف . وقد استند المؤشر إلى نص المحيط البرهاني . وفي الواقع يظهر هذا النص قويا لاستناده إلى القواعد الثابتة في كتاب الكفالة ، وهو ما قد لاحظته ابن قاضي سماوة نفسه . انظر ص ٥٠ - ٥١ . وقد يستتبع من هذا التردد أن هناك اتجاهات نحو اعتبار المدينين المتضامنين مرتبطين فيما بينهم برابطة أقوى من رابطة الكفالة المتبادلة .

المدينين مبرئاً لذمة الباقيين (٢٦٢) .

على أنه توجد خلاف الوفاء طرق أخرى لانقضاء الالتزام . ولمعرفة حكمها يتعين تطبيق قواعد الكفالة .

١ - الوفاء بمقابل

٣٦٠ - الوفاء بمقابل الصادر من أحد المدينين يبرئ الباقيين أيضاً ، على أن يكون للدافع حق الرجوع (٢٦٣) .

ويلاحظ أيضاً أن لا محل للكلام عن النيابة بين المدينين إلا إذا كانت الكفالة المتبادلة بأمر كل من المدينين . انظر ابن قاضي سماوة ، في الموضع المشار اليه : « لا لو بلا أمره » . وانظر في القواعد المقررة في باب الكفالة . محمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٨ : « قال أبو يوسف ومحمد في رجل أقام البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفل عنه بأمره فإنه يقضي على الكفيل وعلى المكفول عنه . وإن كانت الكفالة بغير أمره قضى عليه خاصة » . وقاضي خان : ج ٣ ، ص ٦١ .

(٢٦٢) الوفاء الحاصل من أحد المدينين هو بلا ريب مبرئ للكل . فقد جاء أنه إذا صدر توكيل بقبض الدين من أحد المدينين على التعيين ، فإن قبض الوكيل للدين من غيره يكون قبضاً صحيحاً رغم نص التوكيل . انظر التارخانية ، ج ٣ ، ص ١٩٤ / ٢ . وقد جاء هذا الحكم عن طريق غير ظاهر الرواية بإسناد ابن سماعه ، منسوباً لابي يوسف : « وفي نوادر ابن سماعه ، عن أبي يوسف ، رجل له على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فوكل رب الدين رجلاً بقبضه من أحدهما بعينه فقبضه من الآخر جاز » .

وهذا الحكم هو كذلك تطبيق لقواعد الكفالة . فإن وفاء الأصيل مبرئ للكفيل . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ٢ : « يبرأ الكفيل كما إذا أدى » . كما أن وفاء الكفيل مبرئ للأصيل . انظر ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٤٨ : « اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب براءة الآخر مالم توجد حقيقة الاستيفاء » . (٢٦٣) محمد ، ص ١ / ٣٤٩ : « لو باعه ذلك بالآلاف كان له أن يرجع في

٢ — حوالة الدين

٣٦١ — للمدين المتضامن أن يتنازل عن دينه لشخص ثالث . وهذا التنازل يبرئه من الدين ، ويرأى معه المدينون الآخرون (٢٦٤) .

وإذا تنازل الدائن عن دين لأحد المدينين وقيد هذه الحوالة بدينه على المدين ، فهو لا يستطيع بعد ذلك مطالبة المدين بشيء ، ولكنه يستطيع مطالبة الباقيين بعد خصم نصيب المدين المتنازل له (٢٦٥) . ولهذا الأخير حق الرجوع

هذا كله على الذى عليه الأصل بالآلف كلها ، . والعنابي ، ص ١٠٧ / ١ : د لو اشترى الطالب من الغريم بدينه شيئاً وبالدین كفيل برىء الكفيل ، . وعلى ذلك تنقضى — بوفاء أحد المدينين بمقابل — حصته في الدين وحصته في الكفالة . وقد يتخذ الوفاء بمقابل صورة عقد نكاح . انظر العنابي ، الموضع المشار اليه : د وكذا لو تزوجها بدين عليها وبه كفيل برىء الكفيل ، .

(٢٦٤) ذلك أن حوالة الدين الصادرة من الكفيل تبرئ الأصل . العنابي ، ص ١٠٧ / ١ : د لو أحال الكفيل الطالب سقطت المطالبة عنهما ، . على أن في المسألة خلافاً : د وقيل لا تسقط عن الأصل ، . ولكن في الهندية ، ج ٣ ، ص ٢٦٣ ، نقلاً عن السراج الوهاج ، النص قطعي : د ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتمل عليه برىء الكفيل والمكفول عنه ، . وكذلك حوالة الدين الصادرة من الأصل تبرئ الكفيل . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ١٢ ، س ٨ — ٩ : د وكذا إذا أحاله المطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله ، .

(٢٦٥) هذه المسألة من مسائل محمد ، وردت في الزيادات . والنص الآتي منقول عن شرح الزيادات ، للعنابي ، ص ١٩٦ / ١ : د قال محمد ، رجل كفّل عن رجل بمال عليه بأمره فأحال الطالب غريماً له على الكفيل على أن يؤدي من دين الكفالة صح لما مر وسقطت مطالبة المحيل عن الكفيل لأن دين الكفالة صار

على المدينين الآخرين اذا طالبه دائته الجديد (٢٦٦) .

٣ — هبة الدين

٣٦٢ — اذا وهب الدائن الدين لأحد المدينين يبرأ كذلك الآخرون (٢٦٧) . ويرجع الموهوب له على الآخرين بقدر حصصهم (٢٦٨) .

مشغولا بدين الحوالة . . ولرب المال أن يطالب الأصيل لأن ما عليه غير مشغول بشئ . وسقوط المطالبة عن الكفيل لا توجب سقوط المطالبة عن الأصيل . .
(٢٦٦) العتابي . المرجع المشار اليه : « وان طالب المحتال الكفيل فله أن يطالب الأصيل كما إذا طالبه المحيل قبل الحوالة » .

(٢٦٧) ذلك أن هبة الدين للأصيل تبرئ الكفيل . انظر محمداً ، ص ٣٥٦ / ٢ :
« لو وهب الطالب المال للذي عليه الأصل ولم يهبه للكفيل وقبله المطلوب جاز ذلك وبرئ منه الذي عليه الأصل والكفيل جميعاً » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٣٣ — ٣٤ : « إذا وهب الدين من الأصيل برئ الكفيل » .

وكذلك هبة الدين للكفيل قد شبت بالوفاء ، وتبرئ الأصيل كالوفاء . انظر افتخار الدين : الخلاصة ، ج ٢ ، في الكفالة : « ولو وهب رب الدين الدين لأحدهما فهذا وإداء المال سواء » . والنص عينه في ابن البراز ، ج ٧ ، ص ٧ .

(٢٦٨) محمد — والنص وارد على حالة الكفالة المتبادلة — ص ٣٥٨ / ١ : « ان كان لرجل على رجل الف درهم وكفل عنه بها ثلثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض بذلك ثم ان الطالب وهب المال لبعض الكفلاء لواحد منهم ... ان قبل ذلك ولم يردده فان المال له يأخذه من الذي عليه الأصل وان شاء أخذ نصفه من أى الكفيلين شاء » . وكذا في حالة الكفالة البسيطة . ص ٣٥٦ / ٢ : « إذا وهب الرجل مالا على رجل قد كفل له به فوهبه للكفيل وقبله منه الكفيل فهو جائز وللکفيل أن يرجع على الذي عليه الأصل » . والطحاوي ، ص ٥٠ / ٢ : « وهبه له ... وقبل ذلك منه الكفيل ... الكفيل له أن يرجع بالمال على المطلوب » . والكاساني ،

٤ - الأبراء من الدين

٣٦٣ - وعلى العكس ، ان ابراء أحد المدينين من الدين لا يبرىء الآخرين إلا بقدر حصة المبرأ (٢٦٩). ولا رجوع هنا للمدين المبرأ على المدينين الآخرين (٢٧٠).

وإذا رد المدين الأبراء يعود الدين في ذمته (٢٧١) بقدر حصته (٢٧٢).

ج ٦ ، ص ١٣ ، س ٣١ - ٣٢ : ولو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصل ، .

(٢٦٩) ذلك أن ابراء الأصل مبرىء للكفيل . الطحاوى ، ص ٥٠ / ٢ : « إذا أبرأ المكفول له المطلوب من المال الذى كفل له به وقبل ذلك منه برىء منه المطلوب والكفيل جميعاً » . واقتضار الدين ، الخلاصة ، ج ٢ ، فى الكفالة : « لو أبرأ الأصل برىء الكفيل » . والكاسانى ، ج ١ ، ص ١١ ، س ٢٤ . ولكن ببراء الكفيل لا يبرأ الأصل . محمد ، ص ٣٥٦ / ١ : « وإنما ابراء الكفيل ابراء له خاصة » . والطحاوى ، الموضع المشار اليه : « أبرأ منه الكفيل ... كان للطالب أن يرجع بالمال على المطلوب » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ١١ ، س ٢٤ : « إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصل » .

(٢٧٠) محمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٩ : « وان قال قد أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه » . واقتضار الدين ، الخلاصة ، ج ٢ ، فى الكفالة : « الطالب ان أبرأ الكفيل فالكفيل لا يرجع على الأصل » . والعناني ، ص ١٠٧ / ١ : « لو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع بشئ » . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ٢ .

(٢٧١) الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١١ ، س ٢٧ : « ابراء الأصل يرتد بالرد » . وس ٢٩ : « عاد الدين الى ذمته » .

(٢٧٢) لأنه فيما زاد على حصته يعتبر كفيلاً ، وردده لا أثر له . أنظر الطحاوى ،

ولكن براءة المدنين الآخرين لا تتأثر بهذا الرد (٢٧٣).

٣٦٤ — هذا ويلاحظ أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدنين من حصته فقط في الدين يبرأ الباقيون بقدر هذه الحصة. وللدائن أيضاً أن يسقط التضامن

ص ٢/٥٠ : « سواء في ذلك قبل الكفيل البراءة أو لم يقبلها ». والكاساني ، ج ٦ ، ص ١١٠ س ٢٨ : « ابراء الكفيل لا يرتد بالرد » .

(٢٧٣) وقد كان هذا الحل محل جدل . ذلك أن المسألة مستجدة . فهي لا توجد في مجاميع محمد . وقد قرر ذلك صراحة برهان الدين . في المحيط ، ج ٣ ، ص ٢/٢٢١ : « لم يذكر محمد هذا الفصل في شيء من الكتب » . إنما عرضت لمن جاء بعد محمد من الفقهاء ، كما يقول أيضاً برهان الدين ، إذ جاء فيه أن الخصاص قد ذهب في كتابه الشروط إلى أن الكفيل لا يبرأ . وقد ذكر برهان الدين هذا نقلاً عن أجناس الناطقي . وإن فقيهاً آخر ، وهو القاضي أبو حازم ، يقول أن هذا هو رأي « الأصحاب » . ولكن في شرح على كتاب للطحاوي (٣٢١ هـ) ذكر أن هناك جدلاً بين « المشايخ » ، ففريق منهم يستند إلى أن التزام الكفيل التزام تبعي ، ليقول أن الكفيل لا يبرأ ما دام الأصل لا يزال ملتزماً — وهذا هو الحكم الذي أخذ به في حالة عدم قبول الأصل لهبة الدين . والفريق الآخر يستند إلى أن الكفيل لا يستطيع رد الإبراء ، ليقول أن الأصل كذلك ليس له أن يرد . ولكن هذا القياس غير مقبول ، ذلك أنه لا تأثير لإبراء الكفيل على التزام الأصل . ولذلك إذا لم يعتبر رده لن تتغير حالة الأصل ، وتفرض على الكفيل البراءة فرضاً . أما إذا رد الأصل الإبراء فقد فقد الكفيل حقاً واضحاً . فمن الظاهر إذاً أن هذا الرأي يقصد إلى حماية الكفيل من تصرفات المدين . وهذه هي علته الحقيقية . ومن العبث بعد هذا أن يقال ، كما فعل برهان الدين ، أن للكفيل دائماً الرد خلافاً للأصل لأن الدين ليس على الكفيل بل عليه مجرد المطالبة .

وقد أورد برهان الدين كل هذا الجدل في الذخيرة . وأورد المؤلفون من بعده المسألة على أنها خلافية ، دون أن يقطع أحد منهم فيها برأى . انظر افتخار

عن أحد المدينين بأن يبرئه من الحصة المستحقة عليه بصفته كفيلاً . وفي هذه الحالة يستطيع الدائن مطالبة الباقيين بجميع المبلغ (٢٧٤) .

٣٦٥ — وكذلك إذا منح الدائن أجلاً (٢٧٥) لأحد المدينين ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من هذا الأجل بقدر حصة المدين المؤجل (٢٧٦) .

الدين ، الخلاصة ، ج ٢ ، في الكفالة : « هل يبرأ الكفيل باختلاف المشايخ فيه ، . والكاساني ، ج ٦ ، ص ١١ ، س ٢٩ — ٣٠ : « هل تعود المطالبة بالدين إلى الكفيل باختلاف المشايخ فيه ، . وكذلك فعل آخر الفقهاء المجتهدين قاضي خان . انظر الفتاوى ، ج ٣ ، ص ٧٢ : « ان رد الاصيل ابراهه صح رده في حق حقه فيبقى المال عليه وهل يبرأ الكفيل باختلاف فيه المشايخ » .

(٢٧٤) وذلك كله مترتب على ما سبق الاستناد اليه من القواعد فإبراء الاصيل يبرأ الكفيل بينما الاصيل لا يبرأ بإبراء الكفيل .

(٢٧٥) التأجيل يعتبر براءة مؤقتة . انظر برهان الدين ، الذخيرة ، ج ٣ ، ص ١/٢٢١ : « التأجيل براءة مؤقتة ، .

(٢٧٦) ذلك أن الاصيل لا يستفيد من الأجل الممنوح للكفيل . محمد ، ص ١/٣٥٨ : « ان آخر المال عن الكفيل سنة بعد الكفالة كان له أن يأخذ الذي عليه الاصل حالا ، . والطحاوي ، ص ٢/٥٠ : « اذا أخر الطالب المال عن الكفيل الى مدة معلومة لم يكن له ان يطالب الكفيل بالمال دون تلك المدة وكان له أن يطالب المطلوب بماله حالا ، . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٣ ، س ٣١ — ٣٢ .

بينما الكفيل يستفيد من الأجل الممنوح للاصيل . محمد ، الموضع المشار اليه : « وان آخر الذي عليه الاصل لم يكن له أن يأخذ واحدا منهما الى الأجل ، . والطحاوي ، في الموضع المشار اليه : « وان لم يؤخر المال عن الكفيل ولكنه أخره عن المطلوب كان المال مؤخرأ على المطلوب وعلى الكفيل الى المدة التي أخرها الطالب المطلوب ، . والكاساني ، ج ٦ ، ص ٣ ، س ٣٣ — ٣٤ .

ويلاحظ أن موت المدين المتضامن لا يجعل الدين حالا على شركائه في الدين (٢٧٧) .

هـ - اتحاد الذمة

٣٦٦ - إذا مات الدائن وانحصر الميراث في أحد المدينين المتضامين برى المدينون الآخرون (٢٧٨) . ولكن للدين أن يرجع عليهم (٢٧٩) .

(٢٧٧) ذلك أن موت الكفيل لا يسقط الأجل بالنسبة للأصيل . أنظر محمداً ص ٢/٣٤٤ : « ان مات الكفيل قبل الأجل فهي عليه حالة يؤخذ من ماله ولا ترجع ورثته على الذى عليه الأصل حتى يلى الأجل ، . وكذلك موت الأصيل لا يسقط الأجل بالنسبة للكفيل . محمد ، ص ٢/٣٤٤ : « لو مات الذى عليه الأصل قبل الأجل حلت عليه ولم تحمل على الكفيل الا الى الأجل ، . والكاسانى ، ج ٦ ، ص ٣٠٣ س ١٨ — ٢٠ .

وقد طبقت هذه القواعد بالفعل على حالة الكفالة المتبادلة . أنظر محمداً ، ص ١/٣٥٧ : « وكذلك لو كان رهط بعضهم كفلا بعض بىمال الى أجل فايهم مات قبل الأجل فان المال يحل عليه ولا يحل على أصحابه ، . وفي حالة شركة المفاوضة . ظهير الدين ، ج ٢ ، ص ١/٣١ : « ولو مات أحدهما حل على الميت حصته ولم يحل على الآخر ، .

(٢٧٨) ذلك أن اتحاد الذمة في شخص الأصيل يبرى الكفيل من الدين . الكاسانى ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ١ : « [لو مات الطالب] لو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل » . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٧٠ : « ان مات الطالب والمكفول عنه وارثه برى الكفيل ، .

وكذلك اتحاد الذمة في شخص الكفيل يبرى الأصيل . محمد ، ص ٢/٣٦٨ : « اذا كفل رجل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه فقد برى الكفيل من المال . . . وان كان كفيل عنه بغير أمره فلا شيء على المكفول به ولا على الكفيل ، . وقاضى خان ، ج ٣ ، ص ٧٠ : « رجل كفل لرجل بألف درهم

٣٦٧ - وفي الجملة يرى أن مختلف الوقائع القانونية التي سردناها تقضى على الالتزام بالنسبة لجميع المدينين متى ما هي حدثت في مصلحة أحدهم. على أن الإبراء من الدين وحوالة الدين الصادرين من الدائن لآخر المدينين لم يسقطا الدين عن المدينين الآخرين إلا بقدر حصة هذا المدين.

ثم مات الطالب والكفيل وارثه برى الكفيل عن الكفالة ... وان كانت الكفالة بغير أمره برى المطلوب أيضاً. فقد شبه اتحاد الذمة بالوفاء. افتخار الدين، الخلاصة، ج ٢، في الكفالة: «هذا وإداء المال سواء كذا لو مات الطالب فورته أحدهما». ونفس النص في ابن البرزاز، ج ٧، ص ٧. على أن النصوص لا تقول أن الأصل يبرأ، ولكنها تجعل أساس مطالبة الدائن للمدين العقد الذي يربطه بالكفيل الوارث. ولا يمكن بغير هذه الطريقة تفسير عدم استطاعة وارث الدائن مطالبة المدين في حالة انقضاء هذه الرابطة. ومع ذلك يقول الفقهاء أن الإرث من أسباب الملك. انظر قاضي خان، الموضع المشار إليه: «لأنه لما مات الطالب صار ذلك ميراثاً عنه لورثته». والكاساني، ج ٦، ص ١٤، س ١: «لأن الإرث من أسباب الملك». ولكن هناك نصاً يظهر أنه يحل هذه المسألة طبقاً لأحكام اتحاد الذمة. فيقول العتاني، ص ١٠٧/١: «أن للكفيل وقد حل محل الدائن المتوفى أن يطالب الأصل ولو أن الكفالة كانت بغير أمره: «لو مات الطالب فورته الكفيل يرجع على الأصل سواء كان بأمره أو بغير أمره».

(٢٧٩) محمد، ص ٢/٣٦٨: «المال على المكفول به على حاله ان كان كفيل عنه بأمره». والكاساني، ج ٦، ص ١٣-١٤: «لو مات الطالب فورته الكفيل يرجع على الأصل». وقاضي خان، الموضع المشار إليه: «لو ملك الكفيل المال في حياة الطالب بالقضاء أو بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره وان كانت بغير أمره لا يرجع على المكفول عنه وكذا اذا ملك الكفيل المال بالارث».

المبحث الثاني — علاقات المدينين فيما بينهم

٣٦٨ — للدين الموفى حق الرجوع على باقى المدينين . فيكون على كل منهم أن يودى له حصته بلا تضامن فيما بينهم^(٢٨٠) . إلا أن المدين الذى رجع عليه الموفى يتحمل مع الموفى نصيب الباقيين^(٢٨١) ثم يرجعان معاً على هؤلاء الآخرين^(٢٨٢) . وبذلك يتحمل كل منهم فى النهاية حصته فى الدين ، ما لم يكن أحدهم معسراً فتوزع حصته على الجميع^(٢٨٣) .

٣٦٩ — أما موضوع الرجوع فهو ما كان واجباً على المدين أدائه ، ولو أن الوفاء قد حصل بنقود أردأ^(٢٨٤) . وكذلك يكون موضوع الرجوع فى

• (٢٨٠) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « لو كان ثلاثة نفر عليهم ألف درهم جميعاً وبعضهم كفلاء . عن بعض فادا المال أحدهم كله فان شاء رجع على كل واحد منهما بالثلث » .

وفى حالة الشركة . محمد : ص ٢/٢٥١ : « أيهما اذا رجع على شريكه بالنصف » .
(٢٨١) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « وان شاء رجع على أحدهما بالثلث والسدس حتى يكون قد أدى حصته ويشركه فى الغرم » .

(٢٨٢) محمد ، ص ٢/٣٤٥ : « ثم يتبعان الآخر بالثلث » . والسرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٣٤ : « ثم يرجعان على الثالث إذا لقياه بالثلث ذلك بينهما نصفين » .

(٢٨٣) كما رأينا ، لا يلزم أن يكون هناك اعسار بالفعل ، فالحاضرون يتحملون نصيب الغائبين ، وبذلك يضمن بعضهم بعضاً ضد خطر الاعسار .

(٢٨٤) محمد ، ص ٢/٣٤٨ : « لو كان الماء ور كفيلاً ... ألف درهم غلة أو زبوف أو نهرجة رجع الدافع على المكفول عنه بألف بحتية » . وافتخار الدين ،

حالة الوفاء بمقابل (٢٨٥).

ومع ذلك ليس للمدين الذى يرجع ما كان للدائن من التأمينات (٢٨٦) ، وقد يكون رجوع الموفى خاصة مضموناً برهن (٢٨٧) .

٣٧٠ — ويلاحظ أن المدين يستطيع التنازل عن حقه فى الرجوع ، ولو أنه لم يقيم بعد بالوفاء (٢٨٨) .

الخلاصة . ج ٢ ، فى الكفالة : « كفل بدراهم صحاح جياذ فاعطاه مكسورة أو زيوفا رجوع بمثل ما ضمن لا بمثل ما أدا » . وابن عابدين . ج ٤ ، ص ٣٧٧ : « رجوع بما أدى ان أدى بما ضمن والا بما ضمن وان أدى اردأ » .

(٢٨٥) محمد . ص ١/٣٤٩ : « لو باعه ذلك بالآلف كان له أن يرجع فى هذا كله على الذى عليه الاصل بالآلف كلها » .

(٢٨٦) العتائى . ص ١/١٠٧ : « لو كان بالدين رهن عند الطالب رهن المطلوب وقضى الكفيل الدين فلا سبيل له على الرهن » .

(٢٨٧) الفتاوى الأنقروية : ج ١ ، ص ٣٢٨ : « رجل كفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه أعطى الكفيل رهنا ذكر فى الاصل أنه لو كفل بمال مؤجل على الاصيل فاعطاه المكفول عنه رهنا جاز الرهن بذلك . قاضىخان ، فى الكفالة بالمال » . وهذه القواعد ولو أنها خاصة بالكفالة البسيطة ليس هناك ما يمنع من تطبيقها على التضامن .

(٢٨٨) الهندية ، ج ٣ ، ص ٢٦٣ — ٢٦٤ : « لو أبرأ الكفيل الاصيل قبل الأداء الى الطالب من الدين ... يجوز حتى لو أدى الكفيل الى الطالب بعد ذلك

المطلب الاول - شروط الرجوع

٣٧١ - لا رجوع على المدين الذي كفله الموفى بغير أمر منه (٢٨٩). على أن هذا الأمر يفترض وجوده في حالة ما إذا تعهد الاثنان معاً بهك واحد (٢٩٠).

٣٧٢ - ولا يكون الرجوع ممكناً كذلك إذا لم يحصل وفاء أو لم ينقض الدين بطريق آخر يقوم مقام الوفاء (٢٩١). فلا سبيل إذا لاحداهم على الآخر قبل الوفاء (٢٩٢). ولكن إذا دفع أحدهم للآخر معجلاً باختياره يكون دفعه صحيحاً ولو أنه تم قبل الوفاء (٢٩٣).

٣٧٣ - وإذا أدى أحد المدينين جزءاً من الدين يخضع هذا الجزء من

لم يرجع به على الاصيل كذا ذكره الامام قاضىخان ، والامام المحبوبي ، كذا في النهاية . .

(٢٨٩) الكاسانى . ج ٦ . ص ١١ ، س ٥ : « ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الاصيل اذا كانت الكفالة بأمره » .

(٢٩٠) السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٣٨ : « ذكر حق على رجل بالف درهم و فلان و فلان كفيلان بها و أيهما شاء أخذ بها . . . اقرار كل واحد منهما بالمكتوب في الصك بمنزلة أمر الاصيل لهما بالكفالة عنه و أمر كل واحد منهما لصاحبه بالكفالة عنه . . »

(٢٩١) أنظر النبذة ٣٦٠ وما بعدها فيما سبق .

(٢٩٢) السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٢٩ : « ليس له أن يأخذ المال من الاصيل حتى يؤديه . . »

(٢٩٣) السرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٢٩ : « ولكن أن قضاء الاصيل فهو جائز . »

نصيبه حتماً . فلا رجوع له إذا ، اذا كان المبلغ المدفوع لا يتجاوز ما ينحصر فيه الدين (٢٩٤) . وإذا كان يتجاوز ما لا يرجع إلا بالقدر الزائد (٢٩٥) .

وقد توسع الفقهاء في الكلام عن هذه المسألة (٢٩٦) . وفي الواقع نرى أن المدفوع ينقسم حتماً من نصيب الدافع أولاً ، لتفادي تسلسل الرجوعات (٢٩٧) .

(٢٩٤) محمد ، ص ٣٤٦ / ٢ : « واذا كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلاً عن بعض بها فاداً أحدهم مائة درهم فانه لا يرجع على صاحبه بشيء منها لأنها من حصته وكذلك ما اذا حتى يبلغ الثلث فهو من حصته . » والقدروري ، ص ٦٥ : « ما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف . » والكاساني ، ج ٦ ، ص ١٥ ، س ٢-٣ : « فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف . » وقاضي خان ، ج ٣ ، ص ٦٢ : « حتى يكون المؤدى أكثر من النصف . »

وفي حالة الشركة . محمد ، الجامع الصغير ، ص ٨٩ : « في متفاوضين افتراقاً . » ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف . » والكاساني ، ج ٦ ، ص ١٥ ، س ٢-٣ .

(٢٩٥) محمد ، ص ٣٤٦ / ٢ : « فان زاد على الثلاث شيئاً فالزيادة عن صاحبه . » والقدروري ، ص ٦٥ : « ما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة . » والعتابي ، ص ١٠٧ / ٢ : « يرجع بالزيادة على صاحبه . » (٢٩٦) وهم قد عرضوا للتضامن بمناسبة الكلام عن هذه المسألة . أنظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ١٤ ، س ٣٠ وما بعده ، وجمهور الفقهاء .

(٢٩٧) ذلك ان الدافع . اذا جعل ما دفعه خصماً من نصيب شريكه ، سيطالب بدوره عند ما يدفع شريكه ، ويجعل هو أيضاً ما دفعه خصماً من نصيب الآخر ، فيكون قد حصل الأداء مرتين والرجوع مرتين . ولكن اذا جعل المدفوع خصماً من نصيب الدافع خاصة ، يستغنى في الواقع عن هذين الرجوعين .

ومن جهة أخرى ، اذا جعل المدفوع خصماً من جميع الانصبا على النسبة ، فذلك

وكل تعيين للدفع بخلاف ذلك لا يعتبر (٢٩٨) . فليس من الضروري إذا
ولا من الصحيح أن يقال بأن هناك دوراً يجب تلافيه (٢٩٩) . ومن جهة

أيضاً يؤدي إلى التسلسل ، إذ أن الدافع سيطلب بهذا الجزء النسبي ثم يطلب بجزء
نسبي عندما يدفع شريكه . وانظر السرخسي ، ج ٢٠ : « إيقاعه من المال الذي عليه
ليسقط عنه به أصل المال أولى لأن هذا الطريق أقصر ... إذا جعل مؤدياً عن
نفسه لا يحتاج إلى الرجوع على أحد » .

والمنطق نفسه يقضي بأن يبدأ الإنسان بالوفاء . انظر ابن الهمام ،
ج ٦ ، ص ٣٣٧ : « مقتضى العقل » . « العادة » .

(٢٩٨) محمد ، ص ٢/٣٤٦ : « ولو قال هذا المال عن صاحبي أو عن أحدهما لم يكن
ذلك على ما قال » . والكاساني ، ج ٦ ، ص ١٤٠ ، س ٣١ : « ولا يقبل قوله فيه أنه
أدى عن شريكه لا عن نفسه ... وكذا إذا قال ابتداء أني أؤدى عن شريكي لا عن
نفسى لا يقبل منه » .

(٢٩٩) يقرر معظم الفقهاء أن رجوع المدين الذي أوفى بما هو دون حصته
غير ممكن لأنه يؤدي إلى الدور . السرخسي ، ج ٢٠ ، ص ٢٩ : « وإن جعل المؤدى
عن صاحبيه كان لها أن تقولاً أداؤه بالكفالة بأمرنا بمنزلة أداؤنا ولو أدينا كان
لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا » . وانظر أيضاً المرغيناني ، ج ٦ ،
ص ٣٣٧ — ٣٣٨ . والزيلعي ، ج ٤ ، ص ١٦٧ ، في آخرها .

فهم يقولون أن المدين الذي يرجع عليه الدافع يستطيع دائماً أن يقول أن
الكفيل هو وكيله فيكون دفعه بمثابة دفعه هو . ولما كان التعيين جائزاً لأحدهما
وجب أن يكون أيضاً جائزاً للآخر . فله إذاً أن يخصم عين مادفعه وكيله من نصيب هذا
الوكيل . وبذلك يرجع عليه بدوره مادام هو كفيله . وينتج من ذلك كما يقول الفقهاء
أن الرجوعين يصطدمان فيؤدي ذلك إلى الدور . وقد تناقل المؤلفون هذا العبث جيلاً
عن جيل لغاية ابن الهمام . أما ابن الهمام فلم يتردد في نعت هذا الكلام بأنه « مجازة
عظيمة » ، وإن « في الحق أن هذا الوجه باطل » (انظر ج ٦ ، ص ٣٣٧) . فهو

سرعان ما لاحظ أنه من غير المعقول أن يقال بأن هناك حقاً في الرجوع على المدين الذي أوفى، حقاً يرتبونه على مجرد كونه قد دفع قضاء عن المدين الذي يريد أن يرجع. فمن العبث الادعاء أن وفاء هذا المدين كوفائه هو سواء بسواء. وحتى إذا سلمنا بهذا فإنا لا نرى كيف يجوز هدم تعيين الدافع بتعيين جديد صادر من الموكل. وما هو النص الوارد في ابن الهمام: « ما يقطع به في الشرع أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى ». « كيف يكون أداء الإنسان عن غيره سبباً لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر ». « لا يمكن أن يسوغه شرعاً اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى ». ويقرر ابن الهمام، أنه مع التسليم بأن الرجوع ممكن، فلا يصح القول بوقوع الدور، بل يقال أن هناك تسلسلاً في الرجوعات. ولا يكون ثمة دور إلا إذا كان استعمال حق الرجوع موقوفاً على استعمال حق الرجوع المقابل له، ولكن في مسألتنا يرجع الدافع، ثم بتعيين المدفوع تعييناً جديداً، يستطيع شريكه أن يرجع بدوره. وهذا هو النص (ج ٦، ص ٣٣٨): « واعلم أنه ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفاً على رجوع صاحبه بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل أن شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع للآخر استعاده أو أعطاه غيره وكذا الأول فاللزام في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى إليه ».

على أن ابن الهمام قد أبى الأخذ بهذه الأوجه جميعها. ولكننا نرى أن التفسير الصحيح هو في اعتبار وجوب تلافي تسلسل الرجوعات، كما بين ذلك.

وقد انضم إلى ابن الهمام في انتقاداته سعدى جلبي (ج ٦، ص ٣٣٨). وهو يزيد أن الوفاء الحاصل من المدين يمكن اعتباره حاصلًا من وكيل، ولكن يجب في هذه الحالة خصمه حتماً من نصيب الموكل ما دام الموكل هو صاحب الحق. ولا يجوز بحال من الأحوال اعتباره حاصلًا من الوكيل، عن الموكل بصفته كفيلاً: « قوله لأن أداء نائبه عنه كآدائه عن نفسه بحق الإصالة... فسلم ولا يفيد وإن أريد كآدائه بحق الكفالة فمنوع وكيف يكون أداء كفيله عنه كآدائه عن كفيله ».

أخرى لا يمكن القول أن التعيين هنا مستحيل (٣٠٠) بل هو فقط غير مجد .

(٣٠٠) هذا هو التوجيه الذي اختاره ابن الهمام . وهو موجود في محمد ، ص ٣٤٦ / ٢ : « لأن المال واحد فكل شيء اذا من ذلك فهو عن نفسه خاصة ما بينه وبين الثلث » . والسرخسي . ج ٢٠ ، ص ٤٠ : « ان أراد أن يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لأن المال واحد وهو دين في الذمة لا يتحقق فيه التمييز فتلفوا نيته عن أحدهما » . وابن الهمام . ج ٦ ، ص ٣٣٧ : « أما كونه يصرف نيته قلنا التعيين في الجنس الواحد لغو » . ولكن الا يمكن القول أن التعيين جائز لأنه يوجد في الواقع دينان أحدهما ناشئ عن العقد الأصلي والثاني ناشئ عن عقد الكفالة . ومن المبادئ المقررة في نظرية الوفاء أن التعيين يكون في هذه الحالة ممكناً . أنظر العتاي ، ص ١٠٧ / ٢ ، حيث المدين ملزم في نفس الوقت بدنين مختلفين بموجب عقدين معينين : « لو كان عليه الف ثمن مبيع والف من كفالة فأدى الفأ وقال هي من الكفالة فابى الطالب أخذها الا منهما فله ذلك ولو اداها مطلقاً جعلها من ايها شاء » . ومحمد ، ص ٣٥٤ / ١ : « لو كان لرجل على رجلين الف درهم في صدك ثم ان أحدهما كفل عن صاحبه بأمره ثم أدى خمسمائة مما في الصدك فجعلها من حصة المكفول عنه جاز ذلك وان لم يقل ذلك عند الدفع وجعلها بعد ذلك من حصة المكفول عنه فان القول قوله ويرجع بها على المكفول عنه » . وص ٣٥٣ / ٢ : « اذا كان لرجل على رجل ثلثمائة درهم كل مائة درهم في صدك صدك منها قرض وصدك منها كفالة عن آخر فدفعت المطلوب مائة درهم الى الطالب واشهد بها عليه وأشهد أنها من صدك كذا وكذا فهي من ذلك الصدك وان لم يشهد بذلك فقال المطلوب هي من كفالتى عن فلان وقال الطالب هي من كفالتك عن فلان آخر أو قال هي من القرض فان أبا حنيفة قال القول في ذلك قول الدافع مع يمينه وكذلك قول أبي يوسف ومحمد » .

المطلب الثاني — الأساس القانوني للرجوع

٣٧٤ — ان رجوع المدين الموفى مبنى على فكرة الوكالة (٣٠١). ولكن خلافاً لقواعد الوكالة (٣٠٢) لا رجوع إلا إذا كان قد حصل وفاء بالفعل . وقد أريد بهذا الشرط استبعاد وقوع مطالبتين عن نفس الدين ضد شخص واحد (٣٠٣) .

هذا وبالوفاء يحل الموفى محل الدائن في حقوقه ، ماعدا التأمينات (٣٠٤) .

(٣٠١) الكاساني ، ج ٦ ، ص ١١٠ ص ١٥ — ١٦ : « الكفيل بأداء المال ... نائب عن [المطلوب] في الأداء إلى الطالب » . لذلك لا يكون الرجوع ممكناً اذا صدر التعهد بغير أمر من الشريك في الدين .

(٣٠٢) التيسير : « للوكيل أن يرجع على الموكل سواء نقد أم لم ينقد » .

(٣٠٣) الحصري ، ج ٥ ، خط ٩٧ ، في الكفالة : « للطالب أن يطالب الأصيل مع مطالبة الكفيل فلو طالبه الكفيل واجتمعت المطالبتان من شخصين على واحد بالدين الواحد وذلك ممتنع ... أما ... في الوكيل لا يملك البائع مطالبة الموكل لأن الحقوق ترجع إلى العاقد لا إلى الموكل فلو رجع الوكيل على الموكل قبل الاداء لا يؤدي إلى ما قلنا » .

(٣٠٤) التيسير : « رجوع الكفيل لم يكن بحكم الاداء بل بملك ما في ذمته » . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٧٧ : « لملكه الدين بالاداء فكان كالطالب وكما لو ملكه بهبة أو ارث فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين » . وعن التأمينات ، انظر فيما سبق .

ويلاحظ أن الفقهاء قد بنوا الرجوع على أساس فكر ثلاث : الوكالة والقرض وتمليك الدين . وقد استندوا إلى كل فكرة بقدر ما تفسر بها بعض مسائل الرجوع . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ١١٠ .

المبحث الثالث - التضامن المركب

٣٧٥ - وردت في مبسوط، (محمد) صور مركبة للتضامن^(٣٠٥). وفي هذه الصور لا يلتزم كل مدين بجميع الدين بل ينقسم المدينون إلى أفرقة ويلتزم كل فريق بجميع الدين. ففي مسألة انقسم المدينون الأربعة إلى فريقين، اثنين في كل فريق^(٣٠٦). وفي أخرى انقسم المدينون العشرة إلى أفرقة كل منها يجمع أربعة منهم^(٣٠٧).

المطلب الأول - علاقات الدائن بالمدينين

٣٧٦ - للدائن أن يطالب أى فريق حسب اختياره بجميع الدين^(٣٠٨)، وإذا اختار مطالبة واحد فقط من المدينين يلزم هذا الواحد بأن يدفع - فضلا عن نصيبه - الحصة التي تقع على عاتقه إذا وزع الباقي على أعضاء الفريق^(٣٠٩).

(٣٠٥) ولا توجد هذه النصوص الا منقولة عن مبسوط محمد، في السرخسي، ج ٢٠. وفي رضى الدين، المحيط. وقد لخصها عن المحيط، ابن نجيم، في البحر. أنظر ج ٦، ص ٢٤٢. والسندی.

(٣٠٦) محمد، ص ٣٤٦ / ١ : « إذا كان لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتي [كذا] درهم وكل اثنين منهم كفلا عن اثنين بجميع المال ».

(٣٠٧) محمد، ص ٣٤٦ / ١ : « إذا كان لرجل على عشرة رهط ألف درهم وجعل كل أربعة كفلا على أربعة بجميع المال ».

(٣٠٨) محمد، ص ٣٤٦ / ١ : « يأخذ اثنين أيهم شاء بجميع المال ».

و « يأخذ كل أربعة بالآلاف كلها ».

(٣٠٩) محمد، ص ٣٤٦ / ١ : « يأخذ أيهم شاء واحدا بسبعمئة وخمسين ».

المطلب الثاني - علاقات المدينين فيما بينهم

٣٧٧ - يرجع الدافع بالقدر الزائد على حصته على باقى المدينين (٣١٠).
وإذا رجع على واحد منهم فقط له أن يلزمه بأن يتحمل معه نصيب
الباقيين (٣١١). وتعدد الرجوعات بعد ذلك لتستوى الحصص فيما بين

والسرخسى، ج ٢٠، ص ٣٦ : د وأما إذا أخذ الواحد منهم ففى ربع المال وهو
ثلثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفى الباقي وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين
كفيل... [و] إذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالباً إلا بالنصف
وذلك اربعمائة وخمسون فإذا ضمت ذلك إلى ثلثمائة يكون سبعمائة وخمسين. ومحمد،
ص ٣٤٦ / ١ : د وان أراد أخذ واحد أخذه بربع ما بقى من الألف بعد حصته
وان أخذ اثنين أخذهما بنصف ما بقى من الألف بعد حصتهم. ولكن قد أورد
رضى الدين، فى المحيط، نقلاً عن مؤلف آخر، ذكر أنه المختصر. رأياً يذهب إلى
أن المدين يلزم فى الحالة الأولى للتضامن المركب بأن يدفع نصف الدين. وبذلك
يتحمل كل منهم نصيباً فى المبلغ الذى كفله الفريق موزعاً على أعضاء الفريق. على أنه
اعتبر أن رأى الأول هو الصحيح. انظر فى المخطوط ٣٢ بالازهر، كتاب الكفالة :
« وذكر فى المختصر الصواب أن يأخذ أيهم شاء وحده بنصف المال... وجه
ما ذكر فى المختصر أن عليه ثلثمائة بحكم الاصل وثلثمائة بحكم الكفالة عن أحدهم
لأن كل اثنين كفيلان عن اثنين بستمائة فيكون كل واحد كفيلاً بثلثمائة. ويقول
بعد بصد الحل الذى أورده محمد : د وهو الصحيح. »

(٣١٠) محمد، ص ٣٤٦ / ١ : د ان اذا أحدهم نصف المال فخصته من ذلك
الربع ولا يرجع بها على أصحابه وحصه أصحابه الربع ان شاء رجع على كل واحد
منهم بالثلث من الربع وهو مائة درهم. ود فان أخذ واحد [كذا] فادار ربع الألف فان
مائة منها حصته لا يصرفها إلى غيره ومائة وخمسين عن أصحابه حصه كل واحد من
ذلك التسع ويرجع به عليه. »

(٣١١) محمد، ص ٣٤٦ / ١ : د إن غاب اثنين [كذا] ولقى الذى اذا الشاهد

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية والقيمة العملية للتضامن السالب

المبحث الأول - الطبيعة القانونية

٣٧٨ - يمكن القول أن لفكرة التضامن السالب وجوداً في التشريع الاسلامي . والمسألة التي يظهر من النصوص أنها قد كانت مبعث الفكرة هي تلك التي عرّضت قبل نشوء المذاهب على القاضي (شريح) (٣١٣) . على أن ما ذكرت النصوص من حكمها يجعلها أقرب للالتزامات التخييرية منها للالتزامات التضامنية (٣١٤) .

• أحد الثلاثة أخذه بمائتين فاذا أداها كان الغرم عليهم سواء على كل واحد منهما مائة ، . و ، ان لقيه دون أصحابه ويرجع عليه بنصف ما بقى حتى يشاركه في الغرم فيكون عليهما نصفين ، .

(٣١٢) وانظر في تفاصيل العمليات الحسابية . محمد ، ص ١/٣٤٦ - ٢/٣٤٦ . والسرخسي .

(٣١٣) أنظر الحاشية ٢٢٦ فيما سبق .

(٣١٤) محمد ، ص ١/٣٤٥ : « قال أخبرنا محمد ، عن أبي يوسف ، عن أبي عبد الله الجلاب ، أنه باع قوماً غنما على أن يأخذ أيهم شاء بحقه قاباً شريحاً [كذا] في ذلك فقال اختر املام نخذه حتى يستوفى منه حقه ، . وما نقله السرخسي ، به بعض التعريف . انظر ج ٢٠ ، ص ٣٤ : « وفي الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب [كذا] أنه باع قوماً غنما على أن يأخذ أيهم شاء بحقه قاباً شريحاً [كذا] رحمه الله ذلك [كذا] وقال [كذا] اختر املام نخذه حتى تستوفى منه حقه ، .

أما (أبو حنيفة) ، فتقول النصوص أنه قد رتب بجلاء على هذا الشرط — وهو محور المسألة المعروضة — أن للدائن حق مطالبة أى المدينين بجميع الدين (٣١٥) .
الا أن رغم مظهره الخاص فإن هذا الشرط لم ينتج ابداً في فقه (أبي حنيفة) نفسه شيئاً آخر غير الكفالة المتبادلة (٣١٦) ، حتى أننا نجد في غالب الاحايين أن الكفالة المتبادلة قد اشترطت صراحة (٣١٧) .

وعلى ذلك نقول ان فكرة التضامن بقيت متطفلة على الكفالة . فالتضامن في التشريع الاسلامي هو في صميمه كفالة متبادلة ، وآثاره جميعها — سواء منها ما يخص علاقات الدائن بالمدينين (٣١٨) أو ما يخص علاقات المدينين فيما بينهم (٣١٩) — تخرج من نظرية الكفالة .

(٣١٥) محمد ، ص ٣٤٥ / ١ : « وقال أبو حنيفة ، إذا اشترط عليهم ان بعضهم كفلاء على بعض بالمال فانه يأخذ أيهم شاء . ويرجع على أيهم شاء . ويختار أيهم شاء ثم يختار الآخر بعد ذلك وكذلك إذا اشترط انه يأخذ أيهم شاء بحقه » .
(٣١٦) السرخسي . ج ٢٠ . ص ٣٥ : « لا فرق في هذا الحكم بين أن يشترط أن يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر في الحديث وبين أن يشترط أن بعضهم كفيل عن بعض بالمال » .

(٣١٧) قاضى خان ، شرح الجامع الصغير لمحمد ، المخطوط ٧٤٣ : « رجلان اشتريا عبداً بألف على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه كان للبائع أن يأخذ أيهما شاء بجميع الالف النصف بحكم الاصل والنصف بحكم الكفالة » .
(٣١٨) ابن قاضى سباه . ج ١ . ص ٥٠ — ٥١ : « باع منهما بألف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ... الحكم على كفيله حكم عليه والحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل » .

(٣١٩) السرخسي . ج ٢٠ . ص ٣٤ : « للمؤدى أن يرجع ... لأن كل واحد منهم أصيل في ثلث المال والمؤدى قد كفل عن كل واحد منهما في ذلك الثلث بأمره » ، « وان شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثلث فلانه كفل عنه وادى

٣٧٩ — ويترتب على ما تقدم أن كل مدين متضامن يعتبر—إذا حلل التزامه — ملزماً بصفته أصيلاً عن بعض الدين ، وبصفته كفيلًا عن البعض الآخر . والدائن من ناحيته يقبض الدين جميعه من المدين الواحد بمقتضى سيين مختلفين (٣٢٠) .

لذلك وجدنا الوقائع القانونية التي تؤثر في نصيب احد المدينين المتضامين على اعتباره أصيلاً تؤثر كذلك في انصباة الآخرين على اعتبارهم كفلاء . وبالعكس لم تؤثر هذه الوقائع في انصباة الآخرين لمجرد تأثيرها في نصيب احد المدينين المتضامين على اعتباره كفيلًا .

وأما السدس فلأن المؤدى مع الذى لقيه كفيلان عن الثالث بما عليه وهو الثلث فينبغى أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء .

(٣٢٠) أما في القوانين الحديثة ، فان كل واحد من المدينين المتضامين يعتبر بالنسبة للدائن أصيلاً في كل الدين . انظر بودرى لا كتييرى وبازد . ج ٢ ، ص ٣٤٦ ، نبذة ١٢٣١ . وانظر أيضاً ديمولومب ، ج ٢٦ ، ص ١٧٥ ، نبذة ٢٠٩ :

« Il faut se garder de décomposer l'obligation de chacun des débiteurs solidaires en une obligation principale et une obligation accessoire de cautionnement. Cette espèce d'analyse pourrait sans doute paraître ingénieuse... Eh bien, non, cela n'est pas vrai... l'obligation solidaire... est au contraire une obligation unique dans laquelle il faut que chacun des débiteurs soit obligé à la prestation de la chose, aussi totalement que s'il eût seul contracté l'obligation ».

وقارن مع ذلك المادة ١٠٨ / ١٦٢ — ١٦٣ من القانون المدنى المصرى : « ... يعتبر المتعهدون كفلاء لبعضهم بعضاً ووكلاء عن بعضهم بعضاً في وفاة المتعهد به وتبعض القواعد المتعلقة بأحكام الكفالة والتوكيل ، » .

هكذا الامر في الابرأء من الدين (٣٢١) وفي منح الاجل (٣٢٢). واذا كان الوفاء او ما يقوم مقامه من طرق انقضاء الالتزامات يؤثر في الدين تأثيراً

(٣٢١) وفي القوانين الحديثة ، الابرأء الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يبرئ الباقيين ما لم يقرر الدائن صراحة حفظ حقوقه ضد هؤلاء . وفي هذه الحالة الأخيرة لا يستطيع المطالبة بدينه إلا بعد خصم نصيب المبرأ . انظر المادة ١٢٨٥ من القانون المدني الفرنسي . وفي التشريع الاسلامي لا يكون الدائن في حاجة إلى مثل هذا التحفظ الصريح (انظر فيما سبق) . على أن نص المادة ١٢٨٥ قد وجهت إليه سهام النقد . فقد جاء في بودري ، ص ٣٩٣ ، نبذة ١٢٨٠ ، أنه ليس ثمة سبب يدعو إلى جعل المدينين يستفيدون من الابرأء الصادر لصالح أحدهم . لذلك قد جاء القانون المصري مصححاً للقانون الفرنسي ، فقد نصت المادة ١١٤ / ١٧٠ على أنه : « إذا أبرأ الدائن ذمة أحد مدينيه المتضامنين ساغ لغيره من المدينين التمسك بذلك بقدر حصة من حصل ابراء ذمته فقط ما لم يكن الابرأء عاماً للجميع ثابتاً إذ لا يحكم فيه بالظن » . ويكون التشريعان بذلك قد توافقا . ولكن إذا كان التشريع الحديث يأبي جعل أثر الابرأء عاماً فذلك بناء على قاعدة ان ليس للاتفاقات أثر إلا فيما بين عاقدتها (انظر بودري) . أما في التشريع الاسلامي فذلك بناء على قاعدة أن الابرأء من الالتزام التبعي لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام الاصيل .

(٣٢٢) ففي التشريع الاسلامي يستفيد المدينون المتضامنون من الاجل الممنوح ، بقدر حصة المدين المؤجل (انظر فيما سبق) . وليس الامر كذلك في القوانين الحديثة . انظر ديمولومب ، ج ٢٦ ، ص ١٧٩ ، نبذة ٢١٧ . ولكن استثناء ، لا يستتبع سقوط الاجل بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين سقوطه بالنسبة للآخرين ، ولو أن سقوطه قد تناول حصة المدين على اعتباره أصيلاً (انظر فيما سبق) . أما في القوانين الحديثة ، فلا تأثير لسقوط الاجل لأن كلا من المدينين ملزم بكل الدين على اعتباره أصيلاً ، فهو لا يتحمل شيئاً بالتبعية . انظر المواد ١٢٠١ / ١٠٩ / ١٦٥ .

وفي الجملة ، فإن الصفة التبعية لبعض الزام المدين المتضامن هي التي توجد الاختلافات بين التشريعات الحديثة والتشريع الاسلامي . وانظر جوسران ، ج ٢ ،

عاما شاملا للجميع فذلك لانه يقضى على الالتزام في صميمه (٣٢٣). فان موضوع

ص ٤١٤ ، نبذة ٧٦١ : « Il est bien vrai qu' à aller au fond des choses, les codébiteurs solidaires jouent, dans la réalité, le rôle de cautions ... chacun joue, vis à vis des autres, le rôle de caution dans la mesure qui excède sa part d'intérêt. . . . Mais ce point de contact signalé, les différences abondent entre les deux variétés (solidarité et cautionnement) de sûretés personnelles; *elles découlent essentiellement de cette idée que la caution n'est qu'un débiteur de second plan.* . . . tandis que les codébiteurs solidaires sont tous des débiteurs principaux de première ligne ».

ويلاحظ مع ذلك أن من أهم آثار هذه الصفة في القوانين الحديثة - حق التجريد، وهذا الحق لا يعرفه التشريع الاسلامي .

• (٣٢٣) انظر فيما سبق . والحكم كذلك في القوانين الحديثة . انظر المادة ١٢٠٠ من القانون المدني الفرنسي : « Le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier. » ونظر ديمولومب ، ص ٣٢٧ ، نبذة ٣٩١ : « L'effet extinctif de cette opération est aussi absolu que celui du paiement dont elle tient lieu ».

وكذلك عن اتحاد الذمة ، فان حكمها في التشريع الاسلامي كحكمها في القوانين الحديثة ، ولو أنها في الأول قد شئت بالوفاء . فالمدين المتضامن الذي وقع في شخصه اتحاد الذمة يرجع على باقى المدينين بالقدر الزائد على حصته (انظر فيما سبق) . وكذلك الحال في القوانين الحديثة . انظر المادة ١١٣ / ١٦٩ / ١٢٠٩ : « إذا اتحدت الذمة بأن اتصف الدائن أو أحد المدينين الضامنين لبعضهم بصفتي دائن ومدين في آن واحد بدين واحد جاز لكل من المدينين التمسك بهذا الاتحاد بقدر الحصة التي تخص شريكهم في الدين ، » .

الالتزام في الواقع واحد (٣٢٤) ، ويزول موضوعه سواء كان الموفى هو الكفيل أو الاصيل .

وحالة الدين ، كاستبدال في القوانين الحديثة ، ينقضى بها الالتزام بالنسبة للجميع . انظر فيما سبق . والمادة ١٢٨١ من القانون المدني الفرنسي .
(٣٢٤) ولكن الالتزام واقع على عاتق عدة أشخاص . وقد حاول الفقه الحديث تفسير هذه الظاهرة القانونية بالاستناد إلى فكرتين : تعدد الروابط ووحدة الدين . (انظر كولان وكايتان) . وفي التشريع الاسلامي لجأ أيضاً الفقهاء إلى التفرقة بين « الدين » و « المطالبة » . فالدين المتضامن على اعتباره كفيل لا يقع على عاتقه دين بل يطالب فقط به . انظر الكاساني ، ج ٦ ، ص ١٠ ، ص ١٤ - ١٥ : « يطالب الكفيل بدين واجب على الاصيل لا عليه فالدين واحد والمطالب به اثنان » . ويقصد بالمطالبة الدعوى مجردة عن الحق ، من ذلك « حقوق العقد ، المحولة للوكيل ، هي جميعاً حقوق مطالبة لاحقوق بمعناها الصحيح ، إذ الحق بهذا المعنى لصاحب الحق وهو الموكل . انظر برهان الدين ، المحيط ، ج ٢ ، ص ٧ : « المطالبة قد تنفصل عن وجوب الدين ألا ترى أن الوكيل بالشري يطالب بأصل الثمن وأصل الثمن على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن جاز وتسقط المطالبة عن الوكيل » . ويظهر أن هذا هو التوجيه السائد بين الفقهاء . انظر ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٧٧ : « ليس الدين على الكفيل على المختار » . ولكنه انتقد ، فقد قيل أن التفرقة بين الدين والمطالبة من قبيل المستحيلات . انظر الكفاية ، ج ٦ ، ص ٣٣٨ : « المطالبة بالدين ولا دين محال » . ذلك أن المطالبة تفترض حتماً وجود دين . وقد أجيب عن ذلك أن المطالبة تستلزم حتماً وجود الدين لكي توجد ، ولكنها قد تنفصل عنه . انظر برهان الدين ، للموضع المشار اليه : « المطالبة وجوداً لا تصور إلا بعد وجود أصل الدين فأما استحقاقاً فتقبل الفصل عنه » .

وفي التشريع الروماني كذلك ، وجدت هذه التفرقة . انظر بوكلاندي ، في حدود التزام *fideiussor* أو الكفيل ، في المجلة التاريخية Rev. Hist. ، سنة ١٩٣٣ ، ص ١١٦ - ١١٩ ، حيث جاء : « Le fideiussor... comme l'ἑγγυος » .

٣٨٠ — وهذا التصوير يفسر كذلك علاقات المدينين فيما بينهم .
فقد قلنا ان الدافع لا يرجع الا اذا كان المبلغ المدفوع قد تجاوز نصيبه في
الدين . وذلك مترتب على انه في الزائد فقط يعتبر كفيلا ، اما فيما دونه فهو
اصيل (٣٢٥) :

grec, promet d'être responsable pour le fait du débiteur. Le mot «fides» signifie "*Bindung*" "*Haftung*". Ce n'est que dans un temps postclassique (D. 46. 1. 65, Hermog.) que le *fideiussor* paraît comme promettant son propre fait. [Tandis que] le *sponsor* promet son propre fait. La seule connexion avec la stipulation principale, c'est l'identité d'objet».

وقد توسع في بحث هذه التفرقة الفقهاء الألمان: لا سيما جيركه GIERKE . انظر
ليني اولمان ، محاضرات لطلبة الدكتوراه ، بجامعة باريس (سنة ١٩٢٥ — ١٩٢٩) :
« Il a réussi à faire admettre par ses compatriotes qu'il fallait détacher du rapport obligatoire tout ce qui concerne les éventualités de poursuite et de saisie. D'où deux éléments : (1) La *Schuld* la dette, le devoir juridique. (2o) La *Haftung*, la responsabilité. Ainsi, il n'y a pas de rapport obligatoire entre celui qui cautionne et le créancier, tandis qu'il y a *Haftung*».

فيكون المدين المتضامن في التشريع الاسلامي — إذا أخذ بهذه التفرقة — ملزماً
في البعض بدين وفي البعض بـ «مطالبة» . ودفع المبلغ جميعه يبرئه في آن واحد
من الدين ومن المطالبة: كما يبرأ كذلك شريكه في الدين، لأن ما كان واجباً عليه اداؤه قد
وصل إلى يد الدائن . أما في الفقه الحديث ، فيبرأ المدين المتضامن — إذا أوفى — من
رابطة قد تشبه المطالبة . ويبرأ كذلك الشريك، لأن الدائن قد وصله حقه . وقارن
مع ذلك التفرقة التي جاء بها ديمولان (DUMOULIN) بين الـ « *Vinculum* »
والـ « *Commodum* » . انظر بلانيول وريبير ، ج ٧ ، ص ٤١٢ ، نبذة ١١٠٤ .
(٢٢٥) وفي القوانين الحديثة، إذا كان قد دفع بعض الدين، يرجع بنسبة مادفع.

٣٨١ — هذا ويتضمن التضامن السالب كذلك نيابة المدينين بعضهم

انظر ديمولومب ، نبذة ٤٤٤ : « Sans distinguer si la somme qu'il a payée est supérieure ou inférieure à la part et portion qu'il devra supporter définitivement dans la dette ».

وهذا الحكم ينتج من كون كل واحد من المدينين ملزماً بكل الدين بصفته أصيلاً ، فانه لهذا السبب يخضم ما يكون قد دفعه من كل المبلغ حتماً . ولكن المدينين المتضامنين معتبرون في الفقه الحديث نفسه كفلاء . بعضهم عن بعض في علاقاتهم فيما بينهم . انظر بودرى ، ص ٣٤٦ ، نبذة ١٢٣١ . على أن هذا الحكم قد انتقده في فرنسا RODIERE . انظر ديمولومب ، ج ٢٦ ، ص ٣٨٦ ، نبذة ٤٤٦ ، مشيراً إلى RODIERE : « S'il a payé une somme supérieure à sa part, il peut répéter tout ce qui excède cette même part ».

ولذلك نجد التشريع الاسلامي نفسه — في الأحوال التي يكون المدينون فيها ملزمين كل واحد منهم بكل الدين — يبيح رجوع من دفع على الآخرين ، إذا تكافلوا ، ولو كان دفعه جزئياً . من ذلك مسألة المسكتين ، فهما لا يعتقان إلا إذا دفعا جميع المبلغ المتفق عليه ، ولا يصبح أحدهما حراً بدفعه نصيبه فقط ، فهو إذا ملزم بالكل . وإذا دفع بعض الدين ، يرجع على شريكه . انظر الكرايسى ، الفروق ، في الوكالة ، ورقة ٢٤ منها : « في الكتابة الجهة جهة واحدة لأن جميع المال مضمون على كل واحد بالكتابة إذ لو لم يجعل كذلك لكان بعضهم أصلاً وبعضهم كفالة والكفالة بمال الكتابة لا تجوز فما أدى أحدهما وقع عن نفسه وصاحبه » . والسرخسى ، ج ٢٠ ، ص ٣٩ — ٤٠ : « ما رضى بعق واحد منهما إلا بعد وصول جميع المال اليه فني جعله عن نفسه بغير شرط مذكور في العقد قضا وذلك لا يجوز » . وقاضى خان ، شرح الجامع الصغير : « فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصاله لا بحكم الكفالة » . وابن عابدين ، ج ٤ ، ص ٣٣٨ : « يجعل كل واحد في حق المولى كأن المال كله عليه » .

وكذلك في حالة تعدد الكفلاء بعقود متفرقة يلتزم كل كفيل بكل الدين ، فاذا

عن بعض نيابة جزئية (٣٢٦). على أن هذه النيابة أيضاً مبنية على نظرية الكفالة .
ففي الواقع ، يتضمن عقد الكفالة بذاته وكالة (٣٢٧). وبناء على هذه الوكالة يستطيع
الكفيل أن يقوم باثبات وفاء الأصيل للدين المطالب هو به (٣٢٨)، ولو أنه
لا يستطيع اثبات عدم مشروعية سبب التزام الأصيل (٣٢٩).

تكالفوا ، يرجع الدافع على الآخرين ولو كان الدفع جزئياً . أنظر محمداً ، ص ٢/٣٤٥ :
« أخذ أحدهما بالنصف ، . والقدرى ، ص ٦٥ : « ما أدى أحدهما يرجع بنصفه
على شريكه قليلاً كان أو كثيراً ، . والكرايسى ، الموضع المشار إليه : « في الكفالة
الجهة جهة واحدة وليس بعضها أصلاً وبعضها كفالة ، .

(٣٢٦) أنظر فيما سبق .

(٣٢٧) أنظر فيما سبق .

(٣٢٨) ذلك أنه في الأصل لا يمكن اثبات الحق إلا إذا كان صاحبه حاضراً
في الدعوى . هو أو من ينوب عنه . أنظر السرخسي ، ج ٢٠ ، ص ٨٥ : « البينة
للغائب أو على الغائب لا تقبل إذا لم يكن عنه خصم حاضر ، . وابن قاضي سباه ،
ج ١ ، ص ٥٩ : « فبرهن عليه الكفيل أن المدينون أداءه تقبل وينتصب الكفيل
حصماً عن المدينون إذ لا يمكنه دفع الدائن إلا بهذا ، . والطرابلسي ، معين الأحكام ،
ص ٦٠ : « لو طالب الدائن كفيله بدينه فبرهن الكفيل على أداء المدين الغائب
يقبل وينتصب الكفيل خصماً عن المدين إذ لا يمكن دفع الدائن إلا بهذا ، .

(٣٢٩) السرخسي ، ج ٢٠ ، ص ٨٥ : « باب ادعاء الكفيل أن المال من
ثمن خمر أو ربا ، . وقاضي خان ، ج ٣ ، ص ٦٨ — ٦٩ يذكر أيضاً دين القمار :
« دين قمار ... أو ما أشبه ذلك ، . لا يقبل قوله ... لا تقبل بيته ...
لو أراد أن يحلف الطالب لا يلتفت إليه ، . ولكن ابن قاضي سباه — بعد إيراد
حكم المسألة نقلاً عن برهان الدين ، المحيط — يقول بوجوب السماح للكفيل
بان يقوم ببعب الاثبات في هذه الحالة أسوة بحالة الوفاء . أنظر ج ١ ، ص ٤٥ :
« أقول ينبغي أن تقبل بينة الكفيل ... فكذا تقول هنا ، . على أن هذا الحكم

وعلى العكس لا ينوب الأصيل عن الكفيل في الدعوى (٣٣٠). ولذلك تعتبر نيابة المدينين بعضهم عن بعض في التضامن السلي نيابة ناقصة.

المبحث الثاني - القيمة العملية

٣٨٢ - ان التضامن فيما بين المدينين بالشكل الذي جاءت به النصوص . هو في الواقع من أوثق التأمينات التي يتوصل بها الدائن الى حقه . وهذه الفائدة العملية قد لاحظها (السرخسي) (٣٣١) .

وقد قلنا ان هذا التضامن مبني على الكفالة . الا انه يؤدي في الواقع الى ايجاد حالة تكاد تتخذ في نتائجها العملية منع تلك التي يسميها الفقه الحديث بالتضامن السالب (٣٣٢) .

قد ورد بصورة قاطعة في مؤلفات الفقهاء ، وذلك أيضاً في حالة الكفالة المتبادلة . أنظر السرخسي ، ج ٢٠ ، ص ٨٥ - ٨٦ : « وكذلك ان كان كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه لأن أصل المال على غير هذا الكفيل فهو لا يكون خصماً فيما على غيره . » (٣٣٠) ابن قاضي سباه ، ج ١ ، ص ٥٠ - ٥١ : « الحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل ... له عليه الف فكفل بأمره فبرهن على الأصيل ان لي عليك كذا وفلان كفل به بأمرك يقضى على الأصيل ولا يكون هذا قضاء على الكفيل فلو لقي الكفيل ليس له أن يأخذ منه شيئاً قبل أن يعيد البيعة . » و « الأصيل لا ينتصب خصماً عن الكفيل . »

(٣٣١) السرخسي ، ج ٢٠ ، ص ٣٤ : « انما أوردنا هذا [الحديث] لنبين أنه يجوز أن يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلاً عن بعض بما على كل واحد منهم لما في هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق ، فان بدون هذه الكفالة لم يكن له أن يطالب كل واحد منهم الا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال . »

(٣٣٢) قد رأينا أن الاختلافات من الوجهة العملية طفيفة . ذلك أن الكفيل

المبحث الثالث -- الفقه العملي

٣٨٣ - تستعمل الكفالة المتبادلة كحيلة للتخلص من براءة الاصيل في

لا يتمتع في التشريع الاسلامي بالحقوق التي حرم التشريع الحديث منها المدينين المتضامنين . لذلك يعتبر التضامن في التشريع الحديث أوثق من الكفالة . انظر

جوسران ، ج ٢ ، ص ٤١٤ ، نبذة ٧٦١ : « La solidarité entre débiteurs offre donc au créancier plus de sécurité que le cautionnement ».

وقد نشأ التضامن في روما كأثر لتخفيف وطأة الالتزام عن الكفيل . انظر

جوسران ، المرجع المشار اليه : née, à Rome, des adoucissements apportés à la situation des cautions ».

ولذلك يقرر هوريو (انظر المجلة التاريخية ، ص ٢٢٧) : « Les créanciers de

Rome avides de sûretés plus que tous autres créanciers ne durent pas tarder longtemps à découvrir et à imposer aux débiteurs besogneux cette forme perfectionnée du cautionnement ».

ومن هنا يفهم لماذا لم تدع الحاجة في التشريع الاسلامي إلى خلق صورة جديدة من صور التوثيقات . وكذا كانت الحال في روما في العصور الأولى . انظر جيراردان .

المجلة التاريخية ، ص ٢٣٩ - ٢٤٠ : « A l'époque très reculée où le cautionnement ne se donnait que sous forme d'*adpromissio*, de *stipulatio* et où les cautions n'avaient pas reçu les droits et les faveurs dont elles furent plus tard gratifiées, il n'y avait pas de différence bien considérable entre le cautionnement et la solidarité... Mais à mesure que la nature accessoire de l'obligation de la caution s'est plus nettement accusée et que la condition des cautions s'est adoucie, la supériorité de la solidarité sur le cautionnement s'est accentuée ».

على أن التزام المدين المتضامن في التشريع الاسلامي له صفة تبعية، بالنسبة لبعده .

مذهب من يرى أن براءة الأصل نتيجة حتمية لتعهد الكفيل^(٣٣٣). وكذلك يمكن التخلص من براءة المحيل في حوالة الدين باشتراط الكفالة المتبادلة بين المحيل والمحال عليه^(٣٣٤).

وبهذا القدر يعتبر مخففاً لو طأة التزام الكفيل. ولذلك يكون التضامن في القانون الحديث أوثق من التضامن الاسلامي. وانظر جيراردان، ص ٢٣٩ : Le capitaliste se défie et exige une garantie... au lieu de faire engager tous ses emprunteurs comme cautions les uns des autres pour ce qui excède leur intérêt dans l'affaire, il leur impose la nécessité de s'obliger en qualité de débiteurs principaux, comme si chacun d'eux avait reçu la totalité de la somme et avait seul intérêt à l'opération. Ils sont des débiteurs solidaires : l'obligation de chacun est à peu près aussi étendue et complète que s'il avait contracté seul ».

على أنه يلاحظ أخيراً أن اتجاه التشريع الحديث في تطوره الأخير يرمى الى تخفيف وطأة رابطة التضامن. هذا هو المشاهد في ألمانيا وفي سويسرا. انظر جوسران، ج ٢، ص ٤١٤، نبذة ٧٦١ : « Il semble que, d'une façon générale, il tende en législation, à se relâcher ».

(٣٣٣) محمد، المخارج، ص ٣٢ : « قال أبو حنيفة، إذا كان لرجل على رجل دين فضمنه له رجل أو كفل له به فللطالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال وقال بعض الفقهاء الكفالة والضمان بمنزلة الحوالة ليس للطالب على صاحب الأصل سبيل بعد رضى الطالب بضمان الضمين وكفالة الكفيل إلا أن يكون الطالب اشترط في أصل الكفالة والضمان أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فان اشترط ذلك فهو جائز في قول كل واحد ». والخصاف، ص ١١٣.

(٣٣٤) محمد، المخارج، ص ٧٧ : « قلت أرأيت الرجل يكون له المال على رجل فأراد المطلوب أن يحيل الطالب على رجل وقال الطالب أنا أخاف أن يتوى

ومن ناحية أخرى توجد حيلة تمكن من استعمال حق الرجوع رغم انتفاء الأمر بالكفالة. والحيلة هي أن يوهب الدين للكفيل هبة صورية قبل أن يدفع، ويحصل الكفيل في نفس الوقت على وكالة بالقبض. فإنه يستطيع بعد ذلك الرجوع على المدين بصفته وكيلًا عن الدائن (٣٣٥).

المبحث الرابع - التطبيقات

٣٨٤ - وردت حالات تضامن سالب في مجموعات الفتاوى. والتضامن هو أيضاً فيها عبارة عن كفالة متبادلة (٣٣٦). إلا أنه يظهر معبراً عنه بلفظ واحد بدلاً من العبارة القديمة (٣٣٧).

ان أحلتني به على هذا الرجل وأنت عندى أوثق منه كيف الحيلة فى ذلك قال ...
يضمن غريم المطلوب ما على المطلوب للطالب ويجعل كل واحد منهما ضامناً لجميع
المال يأخذ أيهما شاء بذلك .

(٣٣٥) الحصكى، ج ٤، ص ٣٧٧ : « وحيلة رجوعه بلا أمر أن يهبه الطالب الدين ويوكله بقبضه . ولوالجية . »

(٣٣٦) « فانا نجد المفتين يميزون دائماً بين الحصة الواجبة على المدين المتضامن بصفته كفيلًا، والحصة الواجبة عليه بصفته أصيلاً . أنظر الخانوقى ، وهو مفت مصرى توفى سنة ١٠١٠ هـ ، الفتاوى الخانوقية ، خط ٢٩٤ بدار الكتب ، ص ١/٣١ : « ما يحل عليه بالاصالة وهو النصف . »

(٣٣٧) الخانوقى ، ص ١/٣١ : « وهما متضامنان . » و ص ١/٣٧٢ : « استأجرا . مكانا بأجرة معلومة وتضامنا وتكافلا بالأجرة . » وأسعد المدنى ، الفتاوى الأسعدية (١١١٦ هـ) ، ج ٢ ، ص ٧١ : « سؤال فى رجلين اشتركا فى مال استداناه من آخر متضامين متكافلين . » و ج ٢ ، ص ٧٤ : « فى رجل وامرأة كتبا على أنفسهما وصل دين لرجل واعترفا بأنهما متضامنان متكافلان . » و ص ٢٤٠ : « فى رجل - ادا »

وقد لاحظت احدى هذه الفتاوى أنه لا يكفي لاقتراض التضامن أن يكون المدينون المتعددون قد تعهدوا معاً (٣٣٨).

أما آثار التضامن في الفتاوى فهي كما قد سبق ايضاحها، سواء منها ما يخص علاقات الدائن بالمدينين أو ما يخص علاقات المدينين فيما بينهم. فكل واحد من المدينين المتضامنين ملزم بجميع المبلغ (٣٣٩). ولا يرجع الدافع إلا إذا

امرأتين ديناً وكلاهما متضامتان فيما ادانتهما .

ولكن في الطرابلسي (حوالي سنة ١٣٢٠ هـ)، الفتاوى الكاملة، ص ١٠٢ :
« سئلت عن رجلين اشترى سلعة على أن كلا منهما كفيل عن صاحبه . »

(٣٣٨) جاء في عبد الله أسعد ، عدة أرباب الفتوى ، ص ٢٦٦ ، ما يأتي :
« سئل في رجلين استقرضا مالا من شخص قدرأ معلوما وكتبأ له صكاً وكتبأ في الصك اقرار الرجلين بأن عليهما وفي ذمتهما للشخص قدرأ معلوماً وأشهدا عليهما بذلك فهل إذا طلب الشخص ماله من أحدهما يسوغ له أخذه شرعاً بهذه الالفاظ . المذكورة أم كيف الحكم . اجاب اقرار الرجلين باللفظ المذكور والقدر المعلوم من الفاظ الكفالة، كما في الدر المختار . . ولكن هذا خطأ كما لاحظته بعضهم : « قوله كما في الدر المختار ، الذي فيه وتنعقد بضمته أو على أو إلى انتهى يعني أن على من الفاظ الكفالة فلو قال ما على هذا الرجل فهو على كان كفيلاً بالمال افاده في رد المختار ، فاقرار الرجلين كما في السؤال لا تثبت به الكفالة فلا يطالب كل منهما الا بنصف المال نعم لو قال كل منهما ما على صاحبي فهو على يكونان كفيلين ويطالب رب المال كل واحد منهما بجميع ماله فافهم انتهى مصححه . »

(٣٣٩) الخانوتي ، ص ١/٢٧٢ : « ان اختار رب الدين تضمين أحد المستأجرين فله تضمين كل منهما بجميع المال . » وأسعد المدني ، ج ٢ ، ص ٧١ :
« إذا قامت البينة على التضامن والتكافل . . . فرب المال أن يطالب كلا منهما بجميع المال فاذا أعطى أحدهما النصف لا يبرأ . »

وقد يحبسون جميعهم معاً في الدين التضامني، إذا لم يدفع . أنظر عبد الله أسعد ،

تجاوز المدفوع قدر نصيبه في الدين (٣٤٠). ولا يسقط الأجل عن باقي المدينين لوفاة أحدهم (٣٤١). وهناك أيضاً مسألة عرضت في تأثير استبدال دين الأصيل

عدة ، ص ٢٦٦ : « سئل في رجلين متضامنين متكافلين في دين لرجل فهل لرب الدين حبسهما معاً في دينه أم ليس له إلا حبس أحدهما أجاب لرب الدين حبسهما حيث امتنع من إعطاء دينه ... » . كما قد يحبس الكفيل والأصيل معاً في نفس الدين . انظر الطرابلسي ، ص ١٠٥ : « سئل هل للمكفول له وهو رب الدين حبس الأصيل والكفيل معاً فالجواب نعم فقد نقل المحقق ابن عابدين ، عن الخير الرملي ، ما نصه المكفول له يتمكن من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا . »

(٣٤٠) الخانوقى . ص ١/٣٧٢ — ٢/٣٧٢ : « يرجع بما زاد على النصف على شريكه لوجود الاذن ، . وأسعد المدنى ، ج ٢ ، ص ٧١ : « من أعطى أكثر مما عليه فله حينئذ أن يطالب الآخر بما زاد على حصته » .

(٣٤١) على أن هذا الحكم لا يظهر بوضوح فيما عرض من المسائل . ففي مسألة افقئ بأن الحى يسأل عن كل الدين ، فهل يفيد هذا أن المتوفى قد برى ؟ انظر عبد الله أسعد : عدة ، ص ٢٦٦ : « سئل في رجلين تداينا ديناً من رجل وكتبا على أنفسهما تمسكا وأشهدا على أنفسهما متضامنين متكافلين ضمان غرم وإداء فمات أحدهما فهل يضمن المال الآخر ويكون هو المطالب به أم لا يلزمه شيء ويكون الدين بذمة المتوفى . أجاب : يضمن المال الآخر ويكون هو المطالب به ، . ولا شك في أن الكفيل لا يبرأ لوفاة . انظر العباسي المهدي ، الفتاوى المهدية ، ج ٣ ، ص ١٩٨ : « لا تبطل الكفالة بموت الكفيل ، فلو لم يكن الدين أخذ دينه من التركة ان كانت له تركة ذى القعدة ٢٦ سنة ١٢٦٤ » .

وفي مسألة أخرى ، يخطئ الخانوقى اذ يقول أن التزام المدين المتوفى لا يحل إلا في جزء منه ، وهو الجزء المستحق عليه بصفته أصيلاً . فقد رأينا أن وفاة الكفيل تستتبع سقوط الأجل عن الكفيل ولو أن دين الأصيل باق إلى أجله . انظر محمداً ،

في التزام الكفيل (٣٤٢) .

وكذلك ثبتت الآثار الاخرى المبينة على نظرية الكفالة . فلم يمنح الكفيل حق التجريد (٣٤٣) ، ولم يقبل مبدأ برائة الاصيل (٣٤٤) ، ولم يستطع ص ٢/٣٤٤ : د ان مات الكفيل فهي عليه حالة يؤخذ من ماله ولا ترجع ورثته على الذي عليه الاصل حتى يحل الاجل . وانظر الحانوتي ، ص ١/٣١ : «سئل عن رجلين اشتركا في صنف من البهار بقدر معلوم ونقد بعض الثمن وجعلا الباقي إلى أجل معلوم وهما متضامنين [كذا] ثم مات أحدهما قبل انقضاء الاجل فهل يحل على الميت من الدين المؤجل ... أجاب يحل ما عليه بالاصالة وهو النصف فيؤخذ من تركته حالا كما صححه في البحر في قوله وعكسه عن التارخانية ، أما إذا أراد مطالبة الكفيل دون ورثة الاصيل ينتظر حتى يحل الاجل ، كما في الحدادي ، في نسخة الكنز .

(٣٤٢) من المقرر صراحة أن انقضاء الالتزام الاصيل يستتبع انقضاء التزام الكفيل . فاذا ما وجد تعهد جديد من الاصيل لا يعود الكفيل ملتزماً . انظر ابن عابدين ، العقود ، ج ١ ، ص ٢٨٨ : « عقد الضمان انفسخ بمضي العقد الاول ولا يكون الرجل المذكور ضامناً للمبلغ الحاصل بالعقد الجديد . ولكن مثار الجدل هو لمعرفة ما اذا كان استبدال صك بغيره يعتبر تجديدًا للدين أم لا . وانظر بعد ، مسألة أخرى : « الجواب حيث فسح عقد المدانة الاولى لا يكون كفيلاً بما عقده ثانياً بدون كفالة ونقلها ... عن الذخيرة ، . وكذلك في حوالة الدين : « سئل فيما اذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم من الدراهم وكفله بذلك بكر فاحال عمرو زيدا بالمبلغ المذكور على خالد جواله شرعية مقبولة من الجميع فهل يبرأ الكفيل الجواب نعم قال في البحر وفي قوله برى المحيل اشارة إلى برائة كفيله فاذا أحال الاصيل الطالب برئنا . كذا في المحيط .

(٣٤٣) المهدي ، ج ٣ ، ص ٢١٩ : « ان صححت الكفالة يكون لرب الدين مطالبة الكفيل بدينه لا فرق بين عجز الاصيل عن الاداء وقدرته حيث لا مانع .»
(٣٤٤) الحانوتي ، ص ٢/٣٧٣ : « لا يبرأ الاصيل بل يكون رب الدين

الكفيل أبدأ الاحتجاج بعدم مشروعية سبب التزام الاصيل^(٣٤٥).
٣٨٥ — وقد حوت كتب الشروط صيغة التضامن المبني على الكفالة المتبادلة^(٣٤٦). وفي صيغة عقد الكفالة، في كتب الشروط، تفصل دائماً آثار

مخيراً بين أن يطالب الاصيل أو الكفيل، وابن عابدين، العقود، ج ١، ص ٢٨٩: « مفهوم الكفالة... يقتضى قيام الذمة الاولى لا البراءة منها. والبراءة الصادرة لصالح الكفيل لا يبرأ بها الاصيل. ابن عابدين، العقود، ج ١، ص ٢٩٠: « وبراءته لا توجب براءة الاصيل ».

(٣٤٥) الطرابلسي، ص ١٠١ — ١٠٢: « سئلت في الكفيل اذا أدى المال وأراد الرجوع والطالب غائب فقال المكفول عنه كان هذا المال من ربا أو من قمار أو كان ثمن دم أو ميتة وأراد اقامة البينة بذلك على الكفيل هل تقبل بينته ويقضى له فالجواب لا تقبل بينته ويؤمر باداء المال إلى الكفيل ويقال له اطلب خصمك وخاصمه. أنظر الخانية ».

(٣٤٦) وفي ابن أفلطون، الصكوك الشرعية، ص ٢/٢٢ — ١/٢٣، وردت الصيغة كاملة: « صورة تكتب في المتكافلين: هذه حجة صحيحة شرعية يعرب مضمونها عن ذكر ما تكفل فلان بن فلان وفلان بن فلان كل واحد منهما عن صاحبه بالدين الثابت عليهما لحامل هذا الكتاب فلان بن فلان وهو مبلغ كذا درهما كفالة صحيحة شرعية على أن للدائن المذكور أن يطالب من ظفر به منهما في استيفاء تمام ذلك المبلغ المذكور عنه نصفه اصالة ونصفه كفالة. حرر ذلك وصدر في أواسط من شهر ذي الحجة... ».

وقارن ما كان عليه الحال في روما. أنظر جيرار، ص ٧٤٢، حاشية ١:

« On semble s'être servi dans la pratique récente d'une clause dont M. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht* pp. 183 — 184, a relevé la présence dans des titres de langue latine et de langue grecque, à laquelle PAPINIEN, *D., h. t., II, pr.*, fait déjà allusion, et où plusieurs débiteurs corréaux se portaient cautions les uns des autres en disant.: « *spondemus alterutrum invicem nos obligantes atque fidedicentes* ».

هذا العقد من حيث حق الدائن في مطالبة كل واحد من الملتزمين بجميع الدين سواء على التعاقب أو في وقت واحد^(٣٤٧). وفيها يذكر أيضاً الملتزمون أن كل واحد منهم وكيل عن الآخر في الدعاوى التي توقع ضد أحدهم^(٣٤٨).

٣٨٦ — وهناك حكم^(٣٤٩) صادر من الديوان العالي بمصر المحروسة، تاريخه ٦ شعبان سنة ١١٧٧ هجرية قضى بنحو الدائن في توجيه مطالبته كما

ولكن هذا ليس معناه أن آثار التضامن هي في روما آثار الكفالة المتبادلة .
انظر سافيني ، ج ١ : ص ٢٩٥ ، الفقرة ٢٥ .

(٣٤٧) الطحاوى ، اذكار ، ص ١٦ : « على أن لفلان بن فلان يعنى الطالب أن يأخذ فلان بن فلان يعنى المطلبوف وفلان بن فلان يعنى الضامن وكل واحد منهما بهذه الكذا كذا الدينار المسماة في هذا الكتاب عند وجوب أخذه بها ان شاء أخذهما جميعا وان شاء أخذهما به شتى كيف شاء وكلما شاء ولا يبرئهما ولا واحداً منهما أخذه بذلك كله أو بشيء منه أحدهما دون صاحبه المسمى معه في هذا الكتاب حتى يستوفى جميع هذه الكذا كذا الدينار المسماة في هذا الكتاب . وتوجد هذه الصيغة كذلك في محمد ، المبسوط ، ص ١/٣٦٦ .

(٣٤٨) الطحاوى ، اذكار ، ص ١٦ : « وكل واحد من فلان بن فلان ومن فلان بن فلان يعنى المطلبوف والضمين .. وكيل لصاحبه ... فيما يدعى فلان ابن فلان يعنى الطالب قبل صاحبه المسمى معه في هذا الكتاب في ذلك من حق قليل أو كثير » .

(٣٤٩) أنظر محفوظات محكمة مصر الشرعية ، سجل الديوان العالي رقم ٢ ، ص ٧ ، تحت عدد ١٠ : « بالديوان العالي بمصر المحروسة لدى سيدنا ومولانا شيخ الاسلام بحضرة كل من سيدنا ومولانا الوزير المعظم والمشير المفخم الدستور المكرم الوزير كتخدا محمد باشا ... عاظم مصر المحروسة حالا بين يدى سيدنا ومولانا شيخ الاسلام ادعى ... » .

نشاء ، سواء ضد المدين أو ضد الكفيل (٣٥٠) .
ويقرر هذا الحكم أيضاً أن الرجوع لا يجوز إلا إذا كانت الكفالة .
بإذن المدين (٣٥١) .

المبحث الخامس — النصوص

٣٨٧ — وردت مسائل التضامن الاتفاقى — فيما بين المدينين أو فيما
بين الكفلاء — بمجموعات (محمد) فى كتاب الكفالة . أما فى « المبسوط » ، فقد
جاءت فى باب افرد لتعدد الكفلاء . ، وأما فى « الجامع الصغير » ، فقد أفرد لها .
فصل جمعت فيه مسائل التضامن .

ومن ذلك التاريخ لم يتغير موضع النصوص فى مختلف المؤلفات . فقد
أوردها (أبو بكر السرخسى) — وهو دائماً يتبع خطى « المبسوط » ، — فى
باب عنوانه « كفالة الرهط بعضهم عن بعض » . وأوردها (رضى الدين
السرخسى) فى باب عنوانه « كفالة الرجلين » .

وهذا العنوان الأخير هو العنوان الذى اعتمده جميع الشراح والمحشين
سواء منهم شراح « الهداية » ، أو شراح « الكنز » ، أو شراح « التنوير » . وهذه
المؤلفات قد اتبعت فى الغالب « الجامع الصغير » . ويلاحظ أن (قاضى خان)
قد عدل ترتيب المسائل ، فانه يبدأ بمسألة المدينين ثم ينتقل إلى مسألة الكفلاء .
وقد تبعه بعضهم فى ذلك .

أما « فقه » ، نظرية التضامن فتجدد أولاً عند (السرخسى) . وقد وضع

(٣٥٠) وفيه : « ان رب الدين مخير ان شاء طلب دينه من الاصيل وان شاء
طلبه من الكفيل » .

(٣٥١) وفيه : « واللازم على الحاج . على الخياط المرقوم دفع المبلغ المرقوم
للحاج على حسن الضامن المرقوم لكونه اذنه فى الضمان » .

(الكاساني) التفرقة بين حالة تعدد الكفلاء بعقود متفرقة وحالة تعدد الكفلاء بعقد واحد. وهذه التفرقة أساسية في الموضوع، ولكنها لا توجد في مجموعات (محمد). وقد سلم بها الفقهاء من بعد (الكاساني). وقد رأينا أن (لابن الهمام) نظرات فذة في موضوع حق الرجوع.

وأما مسائل التضامن الحكمي فقد وردت بالطبيعة في كتاب الشركة من مجموعات (محمد)، ومن المؤلفات التي تلتها.

هذا ولم يذكر المؤلفون إلا في النادر حالات التضامن المركب (٣٥٢).

(٣٥٢) المؤلفات الغيرية — لم يهتم المؤلفون الغريون بموضوع التضامن في مؤلفاتهم عن الفقه الاسلامي. وقد أخطأ فان دن برج حين اعتبر الدية المستحقة على عدة أشخاص ديناً تضامياً. انظر Principes، ص ٧٢. فقد رأينا أن الالتزام منقسم في هذه الحالة. انظر فيما سبق الحاشية ٢٢٠.

وقد أورد شارلو (ص ٥٢)، وما كنا فتن (ص ٢٣٢) أحوال التضامن الحكمي فيما بين الشركاء. وقد ذكر هذا الأخير أن الالتزام في الأصل منقسم ما لم: « unless there was an express stipulation that each should be liable for the whole amount ».

وهذا هو كل ما جاء في ذلك.

أما ترجمة النصوص المتعلقة بالتضامن، فقد أتى بها سوفيير في ترجمته لكتاب ملتقى البحار، للحلي (٥٩٩٦)، وشرحه بجمع الأنهر. انظر ص ١٠٧-١٠٩ من كتاب سوفيير هذا.

ملحق ١

الاصطلاحات اللفظية

قد استعمل محمد للتعبير عن التضامن الجمل الآتية: « يأخذ أيهم شاء » ، « أينما شئت أخذت بها » . وفي غالب الأحيان يذكر أن المدينين « بعضهم كفلا عن بعض » . وقد يستعمل حرف الجر « على » بدلا من حرف الجر « عن » . وقد جاء في المبسوط صراحة « ان حرف على في هذه المسائل بمعنى عن » . وقد يستعمل أيضاً العبارات الآتية : « كل واحد منا كفيل ضامن » ، « بعضهم كفيل عن بعض ضامنون » . وفي ابن الهمام (٨٦١ هـ) نثر على لفظ « المتكافل » . أنظر ج ٦ ، ص ٣٢٩ : « الكفيلين المتكافلين » . ثم نثر عليه من جديد في مجموعات الفتاوى ، مقروناً في بعض الأحيان بلفظ « متضامن » .

ملحق ٢

ملاحظات على التقنيات

(١) المجلة

تقرر المجلة مبدأ انقسام الدين فيما بين المشتريين بالمادة ١١١٣ . وقد ذكرت الفقرة الأخيرة لهذه المادة — وهذه المادة ملحقة بالباب الخاص بالديون المشتركة — ان هذا هو الحكم « مالم يكن أحد المشتريين كفيلاً للآخر » . وجاء نص مماثل لهذا في كتاب الاجارة ، بالمادة ٤٣٢ ، وهو خاص بدين المستأجرين . على أن المادة ٦٤٦ ، في باب الكفالة ، جاءت بصيغة عامة حيث تقول: « عليهما دين من جهة واحدة وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين » . وقد أوردت المادة التي تليها (٦٤٧) مسألة تعدد الكفلاء المتكافلين بهتد واحد . وأخيراً نجد أحوال التضامن الحكمي

بالمادة ١٣٥٦، في كتاب الشركة . والمادة ١٣٣٥ تقرر بجلاء ان التضامن قد يشترط صراحة في شركة العنان عند انعقاد الشركة .
ويلاحظ ان المجلة لم تتعرض لآثار التضامن فيما بين المدينين .

(٢) مرشد الحيران

أقرد المرشد للكلام عن التضامن فصلاً مستقلاً جاء بعد الكلام عن الديون المشتركة التي افترض بها المرشد نظرية الالتزامات .
وهذا الفصل يحوى خمس مواد (١٩٠ — ١٩٤) ، ولكن أربعاً من هذه المواد الخمس (المواد ١٩١ — ١٩٤) تتعلق بموضوع الكفالة البسيطة وكفالة عدة كفلاء . ولما كانت نظرية التضامن تفترض الدين مشتركاً أى ناشئاً عن سبب واحد فلا محل لهذه المواد في هذا الفصل .

أما المادة ١٩٠ فقد جمعت في نص واحد القواعد التي تحكم موضوع التضامن سواء في علاقات الدائن بالمدينين أم في علاقات المدينين فيما بينهم . وهذا هو النص :
« إذا كان على عدة أشخاص دين وكان كل منهم كفيلًا بجميعه عن أصحابه فللغيرم أن يطالب به من شاء منهم ومطالبته لأحد منهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين فان دفع احد منهم الدين بتمامه برى الآخرين وللدافع الرجوع على أصحابه بما دفعه زائداً على ما هو واجب عليه أن كانت الكفالة بأمرهم وإذا كان أحد منهم معسراً فلا يلزم الآخرين شيء من حصته . »

وقد وقع المرشد هنا في الخطأ مرتين . فهو قد فات : (١) أن كل واحد من المدينين ليس كفيلًا بكل الدين بل ينصيب صاحبه فقط . وفي الباقي هو أصيل . (٢) ان نصيب المدين المعسر أو الغائب يتحملة الباقيون خلافاً لما تقول الفقرة الأخيرة للمادة .
وقد وقع أيضاً مترجم المرشد في الغلط اذ ذكر ان اتفاق المدينين « accord des débiteurs » شرط ليستطيع الدائن مطالبة المدينين على التعاقب . فهذا الشرط مطلوب لاستعمال حق الرجوع ، والتصحيح يكون بوضع هذه العبارة قبل الفقرة الأخيرة للمادة .

(٣) قانون الالتزامات التونسية والمراكشي

المواد ١٦٤/١٧٤ - ١٨٠/١٩٠ .

للتشريع الاسلامي أثر في هذا القانون تم عنه المادة ١٦٥/١٧٥ التي تشير إلى حالة التضامن بين الشركاء ، والمادة ١٧٩/١٨٩ الفقرة الثالثة التي تنص على أن نصيب المعسرين والغائبين يتحملة باقي المدينين .

تقنين آخر

المادة الأولى - للدائن أن يطالب كل واحد من المدينين له بسبب واحد بجميع الدين إذا كفل بعضهم بعضاً .

المادة الثانية - الكفالة المتبادلة مفترضة حتماً إذا كان المدينون شركاء في شركة مفاوضة ما لم يكن لسبب الدين صبغة غير مالية .

المادة الثالثة - للدائن أن يطالب أى واحد من المدينين كما يشاء وله كذلك أن يطالبهم جميعاً معاً . والاجراءات التي يتخذها ضد أحدهم لا تفقده حقه في اتخاذ اجراءات أخرى ضد الباقيين .

المادة الرابعة - الوفاء الحاصل من أحد المدينين يبرىء الباقيين جميعاً . وكذلك يبرأ الباقيون جميعاً اذا انقضى الدين بالوفاء بمقابل أو بالحوالة أو باتحاد الذمة أو بالهبة .

المادة الخامسة - ابراء أحد المدينين من الدين لا يبرىء الباقيين إلا بقدر حصة المبرأ . وللدائن أن يسقط التضامن عن أحد المدينين دون أن يمس ذلك حقوقه ضد الآخرين .

المادة السادسة - للمدين إذا أوفى أن يرجع على المدينين الآخرين بحصصهم في المبلغ الزائد على نصيبه هو في الدين . ولكن لا يصح هذا

الرجوع إلا إذا كانت الكفالة باذن من يرجع عليه .

المادة السابعة — تتوزع انصبااء المدينين الغائبين على الحاضرين ولهؤلاء .
الاخيرين الرجوع على من قضوا عنهم ديونهم .

المادة الثامنة — يثبت حق الرجوع فيما بين المدينين ولو كان الدين
قد انقضى بما يقوم مقام الوفاء من طرق الانقضاء ، كالوفاء بمقابل واتحاد
الذمة والهبة .

ويكون موضوعه في جميع الأحوال ما كان يجب على المدين أدائه
. بصرف النظر عما أداه بالفعل .

الفهارس

فهرس هجائي للنصوص

الرقم الاول يشير الى الجزء والثاني الى الصفحة والثالث الى السطر من المرجع . وبين الاقواس ارقام تشير الى حواشي هذا الكتاب حيث ترد النصوص . هذا ما لم يصرح بما يخالفه .

<p>ص ٢١ — ٢٤</p> <p>رقم ١١/٧٥١٥ (فقرة ١٤٩)</p> <p>ص ٢٥ — ٢٦ رقم ٨٠١١ (فقرة ٩٥)</p> <p>ص ٣١ رقم ٨٠٠٧ (فقرة ٧٢)</p> <p>ص ٥٢ رقم ٨٠٥٧/٢٠ (فقرة ١١٦)</p>	<p>أسعد المدني ، الفتاوى : —</p> <p>٢ ٧١ (٣٣٧ — ٣٣٩ — ٣٤٠)</p> <p>٢ ٧٤ (٣٣٧)</p> <p>٢ ٢٣٨ (١٥٤ — ص ٢٩٤)</p> <p>٢ ٢٤٠ (٣٣٧)</p>
<p>برهان الدين ، الذخيرة : —</p> <p>٢ ١/٥٧٥ (٢٤٥ — ٢٤٠)</p> <p>٢ ٢/٥٧٥ (٢٤٣)</p> <p>٢ ١/٥٧٦ (١٧٦ — ١٨٠ —</p>	<p>افتخار الدين ، الخلاصة : —</p> <p>٢ في الكفالة (٢٦٧ — ٢٦٩ — ٢٧٠)</p> <p>(٢٧٣ — ٢٧٨ — ٢٨٤)</p>
<p>(١٩٨</p> <p>٢ ٢/٥٧٧ (٢٤٣)</p> <p>٢ ٢/٥٨٠ (٥٧ — ٥٨ — ٦٢)</p> <p>— ٩١ — ٩٣)</p>	<p>(ابن) أفلاطون ، المبكوك : —</p> <p>٢/١٥ (٢٠١)</p> <p>٢/٢٢ — ١/٢٣ (٣٠٦)</p>
<p>المحيط : —</p> <p>٢ ١/٥٨١ (٥٧)</p> <p>٣ ١/٢٢١ (٢٧٥)</p> <p>٣ ٢/٢٢١ (٢٧٣)</p> <p>٣ ١/٢٣٣ (٢٥١)</p>	<p>البا برتي : —</p> <p>٥ ٣٣٩ (٢٥١)</p> <p>٦ ٣٣٩ (٢٤٥)</p> <p>٧ ٤٠٢ (١٤١ — ١٣١)</p> <p>٧ ٤٠٣ (١٦٥ — ١١٨)</p>
<p>٢ ٧ (٣٢٤)</p> <p>٧ الكفالة ص ١ منها (٢٣٠)</p> <p>٧ ٣١ (٢٦٠)</p>	<p>٧ ٤٠٤ (١٠١)</p> <p>٧ ٤٠٤ — ٤٠٥ (٦٢)</p> <p>٧ ٤٠٥ (١٤٠ — ١٣٩)</p> <p>٧ ٤٠٧ (١٤٣ — ١١٦)</p>
<p>(ابن) البزاز : —</p> <p>٦ ٣٤ (٩٣ — ٩٢ — ٨٩)</p> <p>— ١٥٢ — (٢٣٩ ص)</p> <p>٧ ٧ (٢٧٨ — ٢٦٧)</p>	<p>(الأوراق) البردية : —</p> <p>مجموعة جروهمان : —</p> <p>٢ ٩٨ (فقرة ١٠٣)</p> <p>٣ ٦١ و ١٦٥ (فقرة ١٢٢ و ١٤١)</p>
<p>التارخانية : —</p> <p>٣ ١/٢٣ (٢٢٩)</p>	<p>مجموعة برلين : —</p>

الحصفي، الدر : —				٣ ٢/١٩٤ (٢٦٢)			
(١١)	١	٣٠١	٤	تيان: Respons. délictuelle, TYAN			
(٣٣٥)		٣٧٧	٤	(٢٢٥) ٢١٧			
(٢٢٢)	٣٤	٦٦٢	٤	التيسير، وهو شرح للجامع الكبير : —			
(٤٦ — ٣٠)		٦٦٢	٤	كتاب الشركة (٢٢ — ٢٤ — ٣٠)			
(١٥٢ — ١٥١)		٦٦٣	٤	— ٤٥ — ٣١ —			
(١٧ — ١٦)		٦٨٧	٤	— ٣٠٢ — ٢١٧			
(٢١٢ — ٢١٠)		٦٨٨	٤	(٣٠٤)			
الحصيري، شرح الجامع الكبير : —				الخصاص، شرح الجامع الكبير : —			
٣ كتاب الكفالة ص ٢٦ منه (١٤٠)				(١٤٠) ٢/٣٨٠ ٣			
٣ " " " ص ٢٧ " (١٠٥)				— ١١٠ — ١٠٦) ١/٣٨١ ٣			
— ١٢٩				(١١١ — ص ٢٩٥)			
(١٣٩				(١٤٣ — ١٤١) ٢/٣٨١ ٣			
— ٥٨) " " " ص ٣٢ " (٥٨)				— ١١٣ — ١٠١) ١/٣٨٢ ٣			
(٦٦				(١٣٢ — ١٣١			
(١٤٠) " " " ص ٣٣ " (١٤٠)				١٢١ — ٩٦ — ٥٥) ٢/٣٨٢ ٣			
— ٩٦) " " " ص ٣٦ " (٩٦)				(١٣٣ — ١٢٦ —			
— ٩٧				— ١١٥ — ١٠٤) ١/٣٨٣ ٣			
— ١١٠				— ١٣٧ — ١٣١			
(ص ٢٩٤				(٢٩٥			
— ٦٩) " " " ص ٣٧ " (٦٩)				(١٣٥) ١/٣٨٤ ٣			
— ٧٢				(١١٤) ٢/٣٨٤ ٣			
— ١١٥				(١١٣) ١/٣٨٥ ٣			
— ١٢٥				(١٣٧) ٢/٣٨٦ ٣			
— ١٢٧				.			
(١٣١				الحانوتي، فتاوى : —			
— ١١٤) " " " ص ٣٩ " (١١٤)				(٣٤١ — ٣٣٧ — ٣٣٦) ١/٣١			
(١٣٠				(٣٤٠ — ٣٣٩ — ٣٣٧) ١/٣٧٢			
• كتاب الشركة (٢٨ — ٢٢ — ١٠)				(٣٤٤) ٢/٣٧٣			
٣٦ — ٣٠ — ٢٩				الحداوي، الجوهرية : —			
٤٥ — ٣٨ — ٣٧				(١٣) ٢٣ — ٢٢ ١٣ ٢			
٤٥ — ٤٣ — ٤٢				(١٧) ٣٠ ٣٨ ٢			

شرح الزيادات : —
الكفالة (٢٢٩)

الخصاف ، الحيل : —

الخط ١٥٤ : —
(١٥٣) ٢/٢٠ — ١/٢٠

الخط ١٥١٧ : —
(١٥٣) ٢/٥٠ — ١/٥٠

الخط ٣٦٣٩ اسكندرية : —
(١٥٣)

طبع شخت : —

(١٥٣) ٢٨

(١٥٣) ٢٩ — ٢٨

(١٥١ — ١١١) ٢٩

(٢٩٥ — ١٥٠) ٣٠ — ٢٩

(١٥٠) ٣٠

(٣٣٣) ١١٣

(١٥١) ١٨٣

الحوارزمي ، الكفاية : —

(٢٤٤ — ٢٤١) ٣٨٤ ٥

(٣٢٤) ٣٣٨ ٦

(١١٧) ٤٠٢ ٧

(١٤٠ — ١٣٩) ٤٠٥ ٧

(١٤٧ — ٩٣ — ٨٩) ٤٠٦ ٧

(٢٩٤ ص

داود الخطيب ، الفتاوى الفياثية : —

(٥٤) ١٣٧

الدمشقي ، رحمة الأمة : —

(١٣٧) ١٠٣ ١

الرازي ، تفسير : —

(٢٥٦ فقرة) ٣٤٩ ٣

٤٩ — ٤٨ — ٤٦

٨٩ — ٨١ — ٧٤

— ١٦١ — ١٢٢

(٢٥٨ — ٢٩٤ ص

• كتاب الشركة ص ١٤١ منه (١٣١)

(١٤٠

— ١١٠) ص ٤٢ • • •

— ١١٢

— ١٢٧

(١٢٨

(٣٠٣) • • • الكفالة

الحموي ، الفهر : —

(١٣ فقرة) ٢٤٥ ١

(٢٢٢) ١٠/٣٩٩ ١

(قاضي) خان ، الفتاوى :

(٢٩٤ ص) ٣٦٩ ٢

(٧٠) ٣٧٠ — ٣٦٩ ٢

(٧٠) ٣٧٠ ٢

(٢٦١ — ٢٢٧) ٦١ ٣

(٢٥٤) ٦٢ — ٦١ ٣

(٢٩٤) ٦٢ ٣

(٣٢٩) ٦٩ — ٦٨ ٣

(٢٧٩ — ٢٧٨) ٧٠ ٣

(٢٧٣) ٧٢ ٣

(١٨٢) ٩٣ ٣

(١٨٤) ٩٤ — ٩٣ ٣

(٢٤٩) ٦١٣ ٣

٢٥٠ — ٢٤٣) ٦٢٣ ٣

(٢٥١ —

(٢٤٨ — ٢٤٧) ٦٢٤ ٣

شرح الجامع الصغير : —

البيوع (٢٠) ٢

الكفالة (٢٥٢ — ٣١٧ — ٢٢٥) ٢

(١٠٨			(٣)	٩	١٦٥	١١
— ٥٣) •	٣٨	٢١	(١٦٧)		١٧٤	١١
٦٦—٥٨			(٢٤٠)		١٧٧	١١
١٠٩ —			(٢٤٣)		١٧٩	١١
(١٤٠			(٢٤٥)		١٨٩	١١٠
— ٦٨)	٣٩	٢١	(٢٤٥)		١٩٠	١١
— ١٢٥			(٥)	١٧	٧٦	١٢
(١٤٧			(٤)	١٠ — ٩	٦٨	١٢
— ٧٧)	٤٠	٢١	(٢٤٠)		١٩٤	١٧
٩٠—٨٤			(٢٥٨)		١٦١	١٩
— ٩٢ —			— ٢٥٥)		٢٨	٢٠
٩٥—٩٣			(٢٥٨			
٢٩٤ ص —			(٢٩٢)		٢٩٠	٢٠
(٢٩٥ ص			— ٢٥٤)		٣٤	٢٠
(٢٥) وما بعده	٤١	٢١	— ٢٥٩			
(٢٦) ١٤ إلى ١٣	٤١	٢١	— ٣١٤			
(٣٢) وما بعده	٤١	٢١	— ٣١٩			
(٣٤) ١٧—١٦	٤١	٢١	(٣٣١			
(٢٢) ١٩	٤١	٢١	(٢٣٤)	٣٥ — ٣٤	٢٠	
— ٨٠)	٤١	٢١	— ٣٠٩)		٣٥	٢٠
٨٧—٨٦			(٣١٦			
(٢٩٣ ص			— ٢٣١)		٣٨	٢٠
— ٧٧)	٤٢	٢١	— ٢٣٤			
(٨٩—٨٢			(٢٩٠			
— ٨١)	٤٣	٢١	(٢٩٩)		٣٩	٢٠
(٨٩			(٢٢٥)	٤٠ — ٣٩	٢٠	
(٣٣) ٢٣—٢١	١٦٤	٢١	(٣٠٠)		٤٠	٢٠
(٧) ٢	١٦٥	٢١	(٢٣٨)		٤١	٢٠
(١٥٥)	١٦٧	٣٠	— ٣٢٨)		٨٥	٢٠
— ٢٠٥)	١٧٤	٣٠	(٣٢٩			
— ٢١٣			(٣٢٩)	٨٦ — ٨٥	٢٠	
(٢٢٨			— ٦٢)		٣٧	٢١
(١٥٦) • ١٧٥—١٧٤	٣٠		— ٦٤			

— ٧١ — ٧٠)	٥١	١
(٧٢		
(١٢) ٢٢	٥١	١
(٢٢٢)	٥٢	١
(١٤) ١٩	٥٣	١
(٣٢٨)	٥٩	١
(١٩) ١١ — ٨	٦٢٥	١
(٢٠) ٤ — ٢	٨١	١

السمرقندى ، الواصل : —

(٢٩٤ — ١٥١)	٢,٢٥٥	
(٢٩٤ — ٢٩٣ — ١٥٢)	٢/٢٧٩	

ستيلانا ، *Istituzioni* : —

(فقرة ٢٨٠)	٢٤٧	١
--------------	-----	---

السندى : —

(٢٩٤ — ١٢٧)	٢٣	٩
(١٥١) ١/٤ — ٢/٣	٩	
١٥٢ — ٥٤)	١٤	٩
(٢٩٤ —		
(١٤١) ٢/٤٧٤ — ١	٢٧٤	١٢
(٥٨) ٢/٤٧٤	١٢	
(١٥٢ —	٢/٤٧٦	١٢
(٢٩٣		

سوفير ، ترجمة الملتقى : —

(٣٥٢)	١٠٧ الى ١٠٩	
---------	-------------	--

السويدي ، الشركة ، شرح المجلة : —

(٢٩٧ —	٤٧	
---------	----	--

شارلو ، *Manual* : —

(٣٥٢ — ٢٢٥)	١٥٠ — ١٤٩	٥٢
---------------	-----------	----

الشرنبلالى ، غنية : —

(٨٩ — ٨٢ — ٦٧ — ٦٠)	٤٠٢	٢
-----------------------	-----	---

— ٢٠٢)	١٨٠	٣٠
— ٢١٦		
(٢٢٨		
— ١٥٦)	١٨٤	٣٠
— ٢٠٢		
— ٢١٣		
— ٢١٥		
(٢٢٥		
(١٩٠)	٢٠٠	٣٠

سعدى جلي : —

(٢٩٩)	٣٣٨	٦
(٢٢٩)	٣٣٩ — ٣٣٨	٦
(١٣٢)	٤٠١	٧
(١٤٠)	٤٠٥	٧

(أبو) السعود : —

(٣٠)	١٨٤	٣
--------	-----	---

سعيد بن على السمرقندى ، المجلة : —

(١٥٣)	٢٣٥٠	
---------	------	--

(ابن قاضى) سماوة : —

(٢٢٢)	٤٤	١
٢٠٦ — ٢٠٢)	٤٨	١
٢٠٩ — ٢٠٧ —		
(٢٦١ — ٢٢١ —		
(٢٠)	٤٩ — ٤٨	١
(٢٢١ — ٧٠)	٥٠	١
(٦٩) ٥ — ٣	٥٠	١
(٥١) ٦ — ٥	٥٠	١
(٢٩٤ —	٦	٥٠
٣١٨ — ٢٦١)	٥١ — ٥٠	١
(٣٣٠ —		

٢ ١/٣٦ — ٢/٣٥ (٥٠ — ٣٥)

(ابن) عابدين ، رد المحتار : —

(١٣٨)	٥١٢	٣
(٢٢٩)	٥٢٦	٣
(٣١)	٢٥	٤
— ٢٩)	٢٦ — ٢٥	٤
(٢٢١)		
(١٦٥)	٢٣٣	٤
(٩)	٣	٤
(٩)	٦ — ٤	٤
(٩)	١١ — ١٠	٤
(٣٢٥)	٣٣٨	٤
— ٢٥٥)	٣٤٨	٤
— ٢٥٨		
(٢٦٢)		
(٢٥١)	٣٨٩	٤
— ٤٦)	٣٧٥	٤
١٢٣ — ٥٧		
— ١٣٩		
(١٤٠)		
— ٢٨٤)	٣٧٧	٤
— ٣٠٤		
(٣٢٤)		
— ٢٣٨)	٣٩٦	٤
(٢٣٩)		
(٢٣٨)	٣٩٧	٤
(٢٥١)	٣٩٨	٤
(٢١٩)	٥٥٠	٤
(٣٠ — ٢٣)	٦٦٢	٤
(٢٥)	٢٨ وما بعده	٤
(١٦)	٢٨ — ٢٧	٤
(١٧)	٦ — ١	٤

الشلي ، حاشية : —

(٢٦٤ — ١٢٣ — ١٢٧)	٤٥	٥
(٨٨)	٤٦	٥
(٦٢)	٤٧	٥
(١٧)	٨٠	٥

شيخ زاده ، مجمع : —

(١١٢)	٢٥٠	٢
---------	-----	---

الصنعاني ، سبل السلام : —

(فقرة ١٢٧)	٢١٣	٤
--------------	-----	---

الطحاوي ، اذكار الحقوق : —

(٣٤٨ — ٣٤٧)	١٦	
(١٥٥)	١	

المختصر : —

— ٢٧١ — ٢٦٩ — ٢٦٨)	٢/٥٠	
---------------------	------	--

(٢٧٦)

(٢٣٠)	١/٥١	
---------	------	--

(١٦)	١٨١	
--------	-----	--

الطحاوي ، حاشية : —

(٢٣٩ — ٢٣٨)	١٦٥	
---------------	-----	--

الطرابلسي ، فتاوى : —

(١٥٤ — ٥١)	٥٣	
--------------	----	--

(٣٤٥)	١٠٢ — ١٠١	
---------	-----------	--

(٣٣٧)	١٠٢	
---------	-----	--

(٣٣٩)	١٠٥	
---------	-----	--

(٢٩٤ — ١٥٤)	١٥٧	
---------------	-----	--

الطرابلسي ، معين الحكم : —

(٣٢٨)	٦٠	
---------	----	--

ظهير الدين ، الفتاوى : —

١٨٤ — ١٨٢)	١/٣٠	٢
-------------	------	---

(٢٧٧ — ١٩١)		
---------------	--	--

— ٧٨ — ٥٨ —

٨٥ — ٨١ — ٧٩

٩٤ — ٨٩ — ٨٨

— ١٠١ — ٩٥

— ١٠٥ — ١٠٤

— ١١٣ — ١٠٧

— ١٢١ — ١١٥

(٢٩٤ — ١٢٣)

— ٧٤ — ٦٧)

(١٨٥

شرح الزيادات : —

(٢٦٥) ١٠١٩٦

— : *Principes* ، فان دن برج

(٣٥٢) ٧٢

— : (أبو) الفتح ، المعاملات :

(٢٩٨) ١٢١ — ١١٩

قاضي زاده ، نتائج : —

(١٩٣) ٨٩ — ٨٨ ٧

— ١٢٨) ٤٠٢ ٧

(١٣٢

(١٢٧ — ٨٦) ٤٠٣ ٧

— ١٢٦) ٤٠٤ ٧

١٤٠ — ١٢٧

(٢٩٤ —

(١٤٠) ٤٠٥ — ٤٠٤ ٧

(١٤٠) ٤٠٥ ٧

(١٧) ٢٦ — ٢٥ ٤٥٨ ٧

— : القانون التونسي :

(٣٠٠ م) ١٦٣ المادة

(٣٠٠ م) ١٦٥ م

(٣٠٠ م) ١٧١ م

(محمد علاء الدين) عابدين ، الفقرة ، تسكته

رد المختار : —

(١٤) ٤ ٤٥٨ ١

(٣٢) ٢٣٨ ٢

١٢٦ — ١١٤) ٢٣٩ ٢

(١٣٢ —

١٥٢ — ١٥١) ٢٤٠ ٢

(— م ٢٩٤)

— : (ابن) عابدين ، العقود الدرية :

(٣٤٢) ٢٨٨ ١

(٣٤٤) ٢٨٩ ١

(٣٤٤) ٢٩٠ ١

(١٥٤) ٦٣ ٢

— ١٥٤ — ٢٣) ٢٢٢ ٢

(م ٢٩٣

— : العباسي المهدي ، الفتاوى :

(٣٤١) ١٩٨ ٣

(٣٤٣) ٢١٩ ٣

— : عبد الحلیم ، حاشية :

(١٣٢) ٢٢٠ ٢

— : عبد الله أسعد ، عدة أرباب الفتوى :

(٣٣٩ — ٣٣٨) ٢٦٦

(— ٣٤١)

— : العتاني ، جامع الفقه :

(٢٦٤ — ٢٦٣) ١/١٠٧

٢٧٠ — ٢٦٦ —

(٢٨٦ — ٢٧٨ —

(٣٠٠ — ٢٩٥) ٢/١٠٧

— ٣٥ — ٢٨) ١٣٢

٥٣ — ٥٠ — ٤٩

(١٣٦)	١٥—١٤	٢٠٣	٥
(٣)	٢٥—٢١	٢٢٦	٥
(٨)	٥١٢	٢٥٠	٥
(٢١٤)	١٣—١٢	٢٥٠	٥
(٢١٤)	١٨—١٧	٢٥٠	٥
(٨)	٢٣—٢٢	٢٥٠	٥
(فقرة ١١٧)		٢٥٩	٥
(١)	٢٨٤—٢٦٣		٥
(٢٣٠)	٤—٣	٢	٦
(٢٥١)	١٨	٣	٦
(٢٧٧)	٢٠—١٨	٣	٦
(٢٧٦)	٣٢—٣١	٣	٦
(٢٧٦)	٣٤—٣٣	٣	٦
(٣٢٣)	١٥—١٤	١٠	٦
(٢٥٨)	٢٧	١٠	٦
(٢٥٥)	٢٨—٢٧	١٠	٦
(٢٥٨)	٣٠—٢٩	١٠	٦
(٢٥٨)	٣٢—٣١	١٠	٦
(٣٠٤)		١١	٦
(٢٨٩)	٥	١١	٦
(٣٠١)	١٦—١٥	١١	٦
(٢٦٩)	٢٤	١١	٦
(٢٧٢)	٢٧	١١	٦
(٢٧١)	٢٨	١١	٦
(٢٧٢)	٢٩	١١	٦
(٢٧٣)	٣٠—٢٩	١١	٦
(٢٦٤)	٩—٨	١٢	٦
(٢٦٧)	٣٤—٣٣	١٢	٦
(٢٦٨)	٣٢—٣١	١٣	٦
(٢٧٩)	١٤—١٣		٦
(٢٧٨)	١	١٤	٦
(٢٦٢)	٢	١٤	٦
(٢٧٠ —			
(٢٢٩)	٢١—٢٠	١٤	٦
٢٢٩	٣٠	١٤	٦
(٢٩٦—			

المادة	١٧٢	(ص ٣٠٠)
١٧٣	٠	(٣٠٠ د)
١٧٥		(٣٨١ د)
١٨٩		(٣٨١ د) .

القانون المراكشي : —

المادة	١٥٣	(ص ٣٠٠)
١٥٥		(٣٠٠ د)
١٦١		(٣٠٠ د)
١٦٢		(٣٠٠ د)
١٦٣		(٣٠٠ د)
١٦٥		(٣٨١ د)
١٧٩		(٣٨١ د)

القدوري ، المختصر : —

٥٩	(٢٤٦—٢٤٠—١٩٠)
٦٥	(٢٩٤ — ٢٢٩ — ٢٢٨)
	(٣٢٥ — ٢٩٥)
٦٧	(٨٥ — ٨٠ — ٧٦ — ٥٦)
	(٢٩٥ ص — ٨٨)
٧٢	(٢١١ — ٢١٠ — ١٧)

القرافي ، الفروق : —

٣	٢٢—٢٠	(١٣٧)
---	-------	---------

قنالي زاده ، رسالة : —

(١٦٢ — ١٦١)

الكاساني ، البدائع : —

٤	١٨٨	١٣	(٢٠٤)
٤	١٨٨	١٥—١٤	(٢٠٤)
٤	١٨٨	١٧	(٦)
٤	١٨٨	١٦	(٢٠٣)
٤	١٨٨	٢٠—١٩	(٧)
٤	٢١٤	٣ — ١	(٢٢٠)
٤	٢١٤	٢٣—٢٢	(٢٢٠)
٥	٥٨ وما بعدها		(١٦٦)
٥	١٥٤		(٣١)

۱۲۷ —				(۲۹۸)	۳۱	۱۴	۶
۱۳۵ —				(۲۲۶)	۳۴	۱۴	۶
(۱۶۵ —				(۲۲۶)	۱	۱۵	۶
(۵۲)	۳۲	۶۶	۶	(۲۹۴)	۳—۲	۱۵	۶
— ۶۱)		۶۷	۶	(۲۲۹)	۵—۴	۱۵	۶
— ۸۱—۷۷				(۲۵۳)		۱۵	۶
۸۴—۸۲				(۲۴۸)		۲۱	۶
— ۸۹—				(۱۹۳)	۶	۲۸	۶
۹۵—۹۰				(۱۹۳)		۳۳	۶
۱۰۸ —				(۱۹۵)	۱۲—۱۱	۳۳	۶
۱۳۹ —				(۲)	۱۷—۱۶	۵۶	۶
۱۴۲ —				(۱۸۸)	۱۳	۵۹	۶
۱۶۱ —				(۱۸۹)	۲	۶۱	۶
۲۹۳—				(۱۸۹)	۱۶	۶۱	۶
(۲۹۵—				— ۴۱)		۶۵	۶
(۹۵)	۶۸—۶۷	۶		۱۲۷—۹۶			
— ۹۴)	۶۸	۶		۱۳۸ —			
(۲۹۵ ص				(۱۴۰—			
(۱۹۳)	۲۰—۱۹	۶۸	۶	(۳۰)	۲۴	۶۵	۶
(۲۹۳ ص)	۶	۷۰	۶	(۴۶)	۲۵—۲۴	۶۵	۶
(۷۴—۷۳)	۱۵—۱۳	۷۰	۶	(۲۳)	۲۵	۶۵	۶
(۷۴)	۱۶	۷۰	۶	(۲۲)	۲۶	۶۵	۶
(۱۸۷)	۲۳	۷۰	۶	۵۵—۵۳)		۶۶	۶
(۱۹۸)	۲۶ وما بعدہ	۷۰	۶	— ۶۲ —			
(۱۹۸)	۲۹ وما بعدہ	۷۰	۶	۷۸ — ۶۴			
(۱۹۸)	۳۴	۷۰	۶	— ۷۹ —			
(۱۸۷)	۲۵—۲۴	۷۲	۶	۱۰۱— ۸۸			
(۲۴۳)	۳۰	۷۲	۶	۱۰۳ —			
(۲۴۳)	۳۳	۷۲	۶	۱۰۴ —			
(۲۴۱)	۳۴	۷۲	۶	۱۱۲ —			
(۲۴۵)		۷۳	۶	۱۱۳ —			
(۱۶۷)	۴ وما بعدہ	۷۳	۶	۱۱۴ —			
(۲۴۵)	۱۰— ۹	۷۳	۶	۱۱۶ —			
(۲۴۵)	۱۱—۱۰	۷۳	۶	۱۱۹ —			
				۱۲۴ —			

(٥)	١٧	١٢٢	٦	(٢٤٥)	١٨ وما بعده	٧٣	٦
(٥)	١٩—١٨	١٢٢	٦	(١٦٨)	١٨ وما بعده	٧٣	٦
(٢٠٣)	٢ وما بعده	١٣٤	٦	(١٧١)	٢٠	٧٣	٦
(٢٠٨)	٣٠ وما بعده	١٣٨	٦	(فقرة ٧٧)	٢١	٧٣	٦
(فقرة ٢٥٧)		١٤٢	٦	(١٦٧)	٢٧	٧٣	٦
(٢١٨)	١٧—١٦	٢٠٤	٦	(١٨٥)	١٢—١١	٧٤	٦
(٢١٠)	٢—١	٢٠٩	٦	(١٧٩)	١٢	٧٤	٦
(٢١١)	٣—٢	٢٠٩	٦	(٢٤٠)			
(٢١٠)	٦—٤	٢٠٩	٦	(١٧٤)	١٣—١٢	٧٤	٦
(٢١١)	١٠—٩	٢٠٩	٦	(١٨٦)	١٣	٧٤	٦
(٢١٢)	١١—١٠	٢٠٩	٦	(١٧٣)			
(١٦)	٢٠—١٩	٢١٠	٦	(٢٤٤)	١٦	٧٤	٦
(١٨)	٢٢—٢١	٢١٠	٦	(٢٤٤)	١٩	٧٤	٦
(٥١)	٢٥—٢٤	٢١٠	٦	(١٧٨)	٨ وما بعده	٧٥	٦
(١٨)	٣٠—٢٩	٢١٠	٦	(١٧٠)	١٣	٧٥	٦
(١٨)	١٣—١٢	٢١٣	٦	(١٩٦)	١٣ وما بعده	٧٥	٦
(١٠)	١٤	٢٣٩	٦	(٢٤٦)		٧٦	٦
(٢١٩)	٢٥—٢٣	٢٨٧	٦	(١٧٧)	١ وما بعده	٧٦	٦
(١٩٢)	١٤—١٣	٧٤	٧	(١٧٩)	٣	٧٦	٦
(١٢٢)		١٩٦	٧	(١٧٦)	٤—٣	٧٦	٦
(١٣٩)				(٢٠٠)	٤	٧٦	٦
(١٤٠)				(١٨٠)	٥—٤	٧٦	٦
(١٦١)				(٢٤٧)	٥	٧٦	٦
(٤٧)	٢٥—٢٤	٢٤٢	٧	(١٩٩)	١١	٧٦	٦
(٢٢٠)	٢٢—١٨	٢٥٦	٧	(١٨١)	١٤	٧٦	٦
(٢٢٠)	٨—٧	٢٥٧	٧	(١٨١)	٢١	٧٦	٦
(١٣٧)		٢٦٠	٧	(٢٠٠)	٢٢	٧٦	٦
(١٣٧)		٢٦٤	٧	(١٧٩)	٢٣	٧٦	٦
(١٣٧)		٢٦٦	٧	(٢)	١١	٨١	٦
(٢١٩)	٧	٢٧٤	٧	(٥)	٣٤—٢٨	١٢١	٦
(٢١٩)	٣٠—٢٩	٢٨٠	٧	(٥)	٤—١	١٢٢	٦
				(٥)	٢٣—١	١٢٢	٦
				(٥)	٨—٧	١٢٢	٦

الكرائيسى ، الفروق :-

(٣٢٥) فى الوكالة ص ٢٤ منها

سجل ٢ ص ٧ تحت رقم ١٠ (٣٤٩) —
— ٣٥٠

(٣٥١)
سجل ٨٤ تحت رقم ٧٤٣ (الفقرة ١١٢)

محمد ، المبسوط : —

الخط ٣٣ : —

٢ / ١٩٩ ٢ — ٧ — ١٥)
(١٧ — ١٦

الخط ٣٨٢ : —

في الوديعة ص ٨ منها (١٥)
٢١١ — ٢١٠) ١٤ ٢ ٢

الخط ٢٠٠ : —

(١٨٢) ١ / ٢٤٤
(١٨٣) ١ / ٢٤٨

٢٤٤ — ٢٤٣ — ١٦٩) ٢ / ٢٤٨
(٢٤٥ —

٢٤٣ — ٢٤٢ — ١٨٥) ١ / ٢٤٩
(٢٤٥ —

(٢٤٣ — ١٩٦ — ١٧٨) ٢ / ٢٥٠
(٢٤٤) ١ / ٢٥١ — ٢ / ٢٥٠

(٢٤٢ — ١٩١ — ١٨٤) ١ / ٢٥١
٢٥٢ — ٢٥٠ — ٢٤٣) ٢ / ٢٥١

(٢٨٠ —

(٣٤١ — ٢٧٧) ٢ / ٣٤٤
٢٣٤ — ٢٢٨ — ٢٢٦) ٢ / ٣٤٥

٢٥٧ — ٢٥٦ — ٢٥٥ —

٢٨٢ — ٢٨١ — ٢٨٠ —

(٣٢٥ —

٢٣٢ — ٢٣١ — ٢٢٩) ١ / ٣٤٦

٣٠٦ — ٢٥٤ — ٢٣٤ —

٣٠٩ — ٣٠٨ — ٣٠٧ —

(٣١١ — ٣١٠ —

(٣١٢) ٢ / ٣٤٦ — ١ / ٣٤٦

الكواكبي ، الفتاوى : —

(٢٢٤) ١ / ٥١

المجلة : —

المادة ٤٣٢ (٢٢٥ — ص ٣٧٩)

٦٤٦ (ص ٣٧٩)

٦٤٧ (٣٧٩)

١٠٩١ (٢٩٥)

١٠٩٢ (٢٩٥ — ص ٢٩٧)

١٠٩٥ (٢٩٧)

١٠٩٧ (٢٩٧ — ص ٣٩)

١٠٩٨ (ص ٢٩٥)

١٠٩٩ (٢٩٥)

١١٠٠ (٢٩٦)

١١٠١ (٢٩٦ — ص ٢٩٧)

(— ص ٢٩٨)

١١٠٢ (٢٩٦ — ص ٢٩٧)

(— ص ٢٩٨)

١١٠٣ (٢٩٦)

١١٠٤ (٢٩٦)

١١٠٥ (٢٩٦ — ص ٢٩٨)

١١٠٦ (٢٩٦ — ص ٢٩٧)

(— ص ٢٩٨)

١١١١ (٢٩٦ — ص ٢٩٨)

١١١٢ (٢٩٧)

١١١٣ (٢٢٥ — ص ٣٧٩)

١٣٣٥ (ص ٣٨٠)

ترجمة يونج : —

المادة ١١٠٠ (ص ٣٠٠)

الحاسني ، شرح المجلة : —

٢٤ ٣ (ص ٢٩٦)

محفوظات محكمة مصر الشرعية : —

محمد، الجامع الكبير : —	٢٩٨ — ٢٩٥ — ٢٩٤) ٢/٣٤٦
(٢٩٤ — ٤٦) ١/٨٨	(٣٠٠ —
(١٠) ٢/٨٨	(٢٨٤) ٢/٣٤٨
(٤٩) ١/٨٩ — ٢/٨٨	(٢٨٥ — ٢٦٣) ١/٣٤٩
(٤٩) ٢/٨٩	(٣٠٠) ٢/٣٥٣
— ٤٩ — ٤٧) ١/٩٠ — ٢/٨٩	٣٠٠ — ٢٢٧ — ٢٢٦) ٢/٣٥٤
(٢٩٤ ص	(٣١٥ — ٣١٤ —
(٤٨) ١/٩٠	(٢٦٩ — ٢٦٨ — ٢٥٧) ١/٣٥٦
(٢٩٥ ص — ٤٩) ٢/٩٠	(٢٦٧) ٢/٣٥٦
(١٧١ — ٤٤) ١/٩٤	(٢٧٧) ١/٣٥٧
٤٠ — ٣٩ — ٣٢ — ٣٠) ١/٩٥	(٢٧٦ — ٢٦٨) ١/٣٥٨
(٢٩٣ ص —	(٣٤٧ — ٢٥٨ — ٢٥٧) ١/٣٦٦
(٣٠) ٢/٩٥	(٢٧٩ — ٢٧٨) ٢/٣٦٨
(٤٦) ١/٩٦	(١٠٠) ١/٣٨٤
(٢٨) ١/٩٧ — ٢/٩٦	٨٥ — ٨٠ — ٥٦ — ٥٥) ٢/٣٨٤
(٢٧) ٢/٩٧	(٨٨ —
محمد، الجامع الصغير : —	(٦٢) ١/٣٨٥ — ٢/٣٨٤
(١٧ — ٩) ١٥ ٨٧	— ٢٦ — ٢٥ — ٢٣) ١/٣٨٥
(٢٦١) ٨٨	٣٤ — ٣٣ — ٣٢ — ٣٠
— ٢٢٩ — ٢٢٣) ٨٩	— ٥٦ — ٥٥ — ٤١ —
٢٧٠ — ٢٥٤ — ٢٥٣	— ٦٥ — ٦٣ — ٥٩
(٢٩٤ —	— ٨٠ — ٧٩ — ٦٧
	— ٩٢ — ٨٨ — ٨٥
	— ١٢٤ — ١٠٧ — ٩٣
محمد، المخارج : —	(٢٩٥ ص — ١٥٦
(١٥٠) ٦١ : الخط ٥٥٠	— ٥٦ — ٥٤ — ٥٣) ٢/٣٨٥
(٢٣٣) ٣٢ : طبع شخت	— ٨١ — ٧٨ — ٥٩ —
(١٥٠) ٦٠	٩٠ — ٨٩ — ٨٣ — ٨٢
(١٥١) ٦٢	١٦٥ — ١٠٩ — ٩٥ —
(٢٣٤) ٧٧	(٢٩٥ ص — ٢٩٣ ص —
محمد بن الحسين، الأقروية : —	(٨٨ — ٨٥ — ٥٥ — ٤٦) ١/٣٨٩
(٢٨٧) ٣٢٨ ١	٨٥ — ٥٥) ٢/٣٨٩ — ١/٣٨٩
(٢٦١) ٩٣ ٢	(٨٨ —

مرشد الحيران : —

(٢٥٤)	٣٤٠	٦
(٨٥)	٤٠٢ — ٤٠١	٧
(٧٦)	٤٠٣	٧
الهداية : —		
(٢٤٣)	٣٨٤	٥
(٢٥٨ — ٢٥٦)	٢٩٩	٦
(٢٩٩)	٣٣٨ — ٣٣٧	٦
(٢٢٩)	٣٣٨	٦
— ٧٥ — ٣٠)	٤٠٢	٧
— ١٣١ — ١٢٠		
(١٤١ — ١٣٩		
— ١٠١ — ٤٦)	٤٠٣	٧
(١٣١		
— ٧٨ — ٦٢)	٤٠٤	٧
— ٩٥ — ٩٠		
— ١١٣ — ١١٠		
(٢٩٥ — ١٣١		
— ٨٢ — ٨١)	٤٠٦	٧
(٩٣ — ٨٤		
(١٧)	٤٥٨	٧
(٢١٠)	٤٦٠	٧

مكتفتين ، Principles : —

(٢٢٥)	٢٣٢ — ٢٣١	رقم ٣ — ٤
(٣٥٢)	٢٣٢	

منلا خسرو : —

(١٣١ — ١٢٧ — ٨٧)	٤٠٢	٢
--------------------	-----	---

نجم الدين النسفي ، طلبة : —

(٢٣٤)	١٤١	
---------	-----	--

ابن نجيم ، الأشباه : —

(٤)	٢٠٢	٢
(٢٤٨)	٢١٢	٢

المادة ١٦٨ (ص ٢٩٧)

(ص ٢٩٧)	١٦٩	د
(ص ٢٩٩)	١٧٠	د
(٢٩٨ — ص ٣٩)	١٧١	د
(ص ٢٩٩)	١٧٢	د
(ص ٢٩٨)	١٧٣	د
(٢٩٨ — ص ٢٩٩)	١٧٤	د
(د ٢٩٨)	١٧٥	د
(د ٢٩٨)	١٧٦	د
(د ٢٩٨)	١٧٧	د
(د ٢٩٨)	١٧٩	د
(د ٢٩٩)	١٨٢	د
(د ٢٩٩)	١٨٦	د
(د ٢٩٨)	١٨٧	د
(د ٢٩٩)	١٨٨	د
(د ٢٩٧ — ص ٢٩٩)	١٨٩	د
(د ٣٨٠)	١٩٠	د
(د ٣٨٠)	١٩١	د
(د ٣٨٠)	١٩٢	د
(د ٣٨٠)	١٩٣	د
(د ٣٨٠)	١٩٤	د

ترجمة كعبيل : —

(ص ٢٩٩)	١٧٠	المادة
(د ٣٠٠)	١٧٤	د
(د ٢٩٩)	١٧٥	د
(د ٣٠٠)	١٧٦	د
(د ٣٠٠)	١٧٧	د
(د ٣٠٠)	١٧٩	د
(د ٣٠٠)	١٨٢	د
(د ٣٠٠)	١٨٦	د
(د ٣٨٠)	١٩٠	د

المرغيناني ، البداية : —

(١٧٨)	٣١٤	٢
(١٧٨)	٣١٥ — ٣١٤	٢
(١٩٧)	٣٢٠	٢
(١٩٠)	٣٢٩	٢
(٢٣) ١١	٣٣٦	٢
— ٤٦ — ٤١)	٣٣٦	٢
(٩٧ — ٧٥		
— ٣٩ — ٣٢)	٣٣٧	٢
(١٠٥ — ٤٠		
١٥١ — ٧٦) •	٣٣٨	٢
(١٥٢ —		
٩٣ — ٨١)	٣٣٩	٢
(٩٤ —		
— ٥٠ — ٣٥)	٣٤٠	٢
— ٥٨ — ٥٧		
(١٢٣ — ٩١		
٦١ — ٥١)	٣٤١	٢
(١٠٦ —		
٤٤ — ٣٠)	٣٤٣	٢
(٤٥ —		
(٤٩)	٣٤٤	٢
(٢٧)	٣٤٦	٢
(٣٠)	٣٦٦	٢
(٢٨٨ — ٢٦٤)	٢٦٣	٣
(١٦) ٢٥ — ٢٠	٣٥٥	٤
(١٥٥)	٢٤٨	٦
(١٥٦)	٢٩٥	٦

(٢٤٨)	٤٥٦	٢
البحر : —		
(٩) ٥ — ٤	١٧٦	٦
(٣٠٥)	٢٤٢	٦
— ١١٢ — ٩٣)	٢٦٠	٧
— ٢٩٣ — ١٥٢		
(١٨٢		
النسقي ، الكنز : —		
(١١٧)	٤٦	٥
هفلان HUVELIN ، في مجلة القانون التجاري		
سنة ١٩٠١ Annales : —		
١ وما بعدها (فقرة ١٠٦)		
ابن الهمام ، الفتح : —		
(١٣٧)	٢٢٤ — ٢٢٣	٥
(٢٤٤ — ٢٤٣)	٣٨٥	٥
(١٢) ٢٩	٢٥٣	٦
٢٩٧ — ٢٢٧)	٣٣٧	٦
(٣٠٠ — ٢٩٩ —		
(٢٣٨)	٣٣٨ — ٣٣٧	٦
(٢٩٩)	٣٣٨	٦
(٣٧٩ ص)	٣٣٩	٦
(٢٣٧)	٣٤٠	٦
(الفتاوى) الهندية : —		
(٢٩٤ ص)	٢٣٨	٢
(١٨٦)	٣١٠	٢
(١٩٧)	٣١٢	٢

فهرس تحليلي للموضوعات

الصفحة	الفقرة
١	المراجع
١	أولا - الشريعة الإسلامية
١	(١) المصادر
١	(١) الفقه الحنفي
١١	الفقه العملي
١٣	(٢) الفقه المالكي
١٧	(٣) الفقه الشافعي
٢٠	(٤) الفقه الحنبلي
٢١	(٥) فقه الشيعة
٢١	(١) الشيعة الإمامية
٢٢	(ب) الشيعة الزيدية
٢٢	(٦) فقه الإباضية
٢٣	(٧) المذاهب المقارنة
٢٣	(٨) العلوم الإسلامية
٢٣	(١) أصول الفقه
٢٤	(ب) علم الفرائض
٢٤	(ج) الحديث
٢٥	(د) التفسير
٢٥	(هـ) علم الكلام والمنطق
٢٦	(٩) الطبقات - الفهارس
٢٧	(١٠) في التاريخ والقانون العام
٢٨	(ب) التأليف الحديثة
٢٨	(١) التقنيات وشروحها
٣١	(٢) دراسات خاصة
٣٢	(٣) مؤلفات حديثة أخرى

الصفحة	الفقرة
٣٤	(ج) المؤلفات الغريبة
٣٤	(١) في الاسلام : نظم وتاريخ
٣٥	(٢) عموميات عن الشريعة الاسلامية
٣٧	(٣) فهارس
٣٨	(٤) كتب في الفقه الاسلامي
٣٨	(ا) الفقه الحنفي
٣٨	(ب) الفقه المالكي
٣٩	(ج) الفقه الشافعي
٣٩	(د) فقه الشيعة
٣٩	(هـ) فقه المذاهب المختلفة معاً
٤٠	(و) كتب غير معينة المذهب
٤١	(٥) في تطبيق الشريعة
٤٢	(٦) الأوراق البردية العربية
٤٢	(٧) تقنيات
٤٢	(٨) دراسات خاصة في الشريعة الاسلامية
٤٥	(٩) تراجم
٤٥	(ا) مؤلفات حنفية
٤٦	(ب) مؤلفات مالكية
٤٦	(ج) مؤلفات شافعية
٤٧	(د) في الخلافيات ، والحديث ، والقانون العام
٤٨	ثانياً — القانون المقارن
٤٨	(١) قوانين العصور التي سبقت الاسلام والعصور التي تلتها في البلاد الشرقية
٤٩	(٢) القوانين الغريبة
٤٩	(ا) القانون الروماني
٥٠	(ب) القانون الفرنسي
٥٢	(ج) القانون المصري الحديث
٥٣	(د) قوانين غريبة أخرى
٥٤	(هـ) فلسفة القانون

الصفحة	الفترة
٥٩	مقدمة عامة ٥-١
٦١	§ ١ — طريقة البحث —
٦١	(١) الطريقة الموضوعية ١٨-٦
٦٦	(٢) الطريقة التاريخية ٣٨-١٩
٨٠	§ ٢ — عرض عام لنظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية ٣٩
٨١	القسم الأول : الالتزام في ذاته —
٨١	١ — عناصر الالتزام —
٨٢	(أولاً) الطرفان ٤٠
٨١	(ثانياً) موضوع الالتزام ٤١
٨٢	الحل ٤٢
٨٣	تعدد الحل ٤٣
٨٤	الأشياء المثلية . المقدرات ٤٤
٨٤	الذهب والفضة ٤٥
٨٥	(ثالثاً) السبب ٤٨-٤٦
٩٠	٢ — آثار الالتزام —
٩٠	(أولاً) آثار الالتزام بالتملك ٤٩
٩٠	(ثانياً) آثار الالتزام بعمل شيء ٥٠
٩١	انقضاء العقد ٥١
٩٢	نظرية الخطأ التعاقدى ٥٢
٩٣	القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ٥٣
٩٣	نظرية الأعذار ٥٤
٩٤	تقدير التعويض ٥٥
٩٥	(ثالثاً) آثار الالتزامات التى يكون موضوعها قدراً من القود أو أشياء أخرى مثلية ٦٠-٥٦
٩٦	في الإجراءات —
٩٦	(أ) في إجراءات الإكراه البدنى ٦١
٩٧	(ب) في إجراءات نزع الملك ٦٣-٦٢
٩٨	حقوق البائنين ٦٤

الصفحة	الفقرة
٩٩	(ج) في اجراءات الافلاس . . . ٦٥
٩٩	مرض الموت . . . ٦٦
١٠٠	الوفاة . . . ٦٧
١٠٠	٣ — أحكام الالتزام الموصوف باجل أو بشرط —
١٠٠	(اولا) الاجل . . . ٦٨ — ٧٣
١٠٣	(ثانيا) الشرط . . . ٧٤ — ٧٨
١٠٦	٤ — انقضاء الالتزام . . . —
١٠٦	(١) في الوفاء . . . ٧٩
١٠٧	(اولا) طرفا الوفاء . . . ٨٠
١٠٨	(ثانيا) الموفى به . . . ٨١
١٠٨	(ثالثا) زمان ومكان وثيقة الوفاء . . . ٨٢
١٠٩	(رابعا) في خصم الديون . . . ٨٣
١٠٩	(٢) في الوفاء بتقابل . . . ٨٤ — ٨٥
١١٠	(٣) المقاصة . . . ٨٦ — ٨٨
١١٢	(٤) إتحاد الذمة . . . ٨٩ — ٩١
١١٣	(٥) الإبراء من الدين . . . ٩٢ — ٩٥
١١٤	(٦) التقادم . . . ٩٦ — ٩٨
١١٥	(٧) اسباب اخرى لأقضاء الالتزام . . . ٩٩ — ١٠٠
١١٦	٥ — انتقال الالتزام . . . ١٠١
١١٦	(اولا) انتقال الالتزام من ناحيته الموجبة —
١١٦	(١) بين الأحياء . . . ١٠٢ — ١٠٣
١١٨	الحلول محل الدائن . . . ١٠٤
١١٨	(٢) الانتقال بسبب الموت . . . ١٠٥
١١٩	(ثانيا) انتقال الالتزام من ناحيته السالبة . . . —
١١٩	(١) بين الأحياء . . . ١٠٦ — ١١٢
١٢٢	(٢) الانتقال بسبب الموت . . . ١١٣
١٢٣	القسم الثاني : مصادر الالتزام . . . ١١٤
١٢٣	١ — العمل القانوني أو النظرية العامة للعقد والارادة المنفردة —
١٢٣	(١) مبادئ عامة . تفسيرات . . . ١١٥
١٢٤	نظرية وحدة العقد . . . ١١٦

الصفحة	الفقرة
١٢٥	في حرية التعاقد ١١٧
١٢٨	نظرية الشرط المقترن بالعقد . . ١١٨ — ١٢٢
١٣٠	نظرية اللفظية ١٢٣ — ١٢٧
١٣٢	العقود المبنية ١٢٨
١٣٣	تقسيم العقود ١٢٩ — ١٣٢
١٣٥	(٢) الارادة الظاهرة ١٣٣
١٣٦	نظرية الصورية ١٣٤ — ١٣٨
١٣٨	الايجاب والقبول ١٣٩
١٣٨	نظرية مجلس العقد ١٤٠ — ١٤١
١٣٩	التعاقد بين الغائبين ١٤٢ — ١٤٤
١٤٠	(٣) الارادة الحقيقية ١٤٥
١٤١	(١) الاكراه ١٤٦ — ١٤٩
١٤٢	(٢) التدليس ١٥٠ — ١٥٣
١٤٣	(٣) الغبن ١٥٤ — ١٥٦
١٤٥	(٤) الفلظ ١٥٧ — ١٦١
١٤٧	(٥) عدم الاهلية ١٦٢
١٤٧	(٤) النظرية العامة للبطلان . . . ١٦٣
١٤٨	(اولا) العقد الباطل لعدم الانقضاء ١٦٤ — ١٦٧
١٥٠	(ثانيا) العقد الباطل لعيب من
	العيوب أو العقد الفاسد . ١٦٨ — ١٧٣
١٥٤	(ثالثا) نوع اخر من البطلان واثار
	عيوب الرضا على الصوم ١٧٤ — ١٧٩
١٥٦	(٥) الآثار العامة للعقود ١٨٠ — ١٨٢
١٥٨	سبر العقود ١٨٣
١٥٨	آثار العقد بالنسبة لخلفاء المتعاقدين . ١٨٤
١٥٨	نظرية عدم النفاذ ١٨٥ — ١٨٩
١٦١	نظرية النيابة ١٩٠ — ١٩٨
١٦٥	تعاقد الشخص مع نفسه ١٩٩
٢٦٦	(٦) انحلال العقد ٢٠٠
١٦٦	(أولا) الاقالة ٢٠١ — ٢٠٣
١٦٧	(ثانيا) الفسخ ٢٠٤ — ٢١٠

الصفحة	الفقرة
١٧٠	ملحق — الارادة المنفردة . . . ٢١١—٢١٣
١٧١	٢ — الفعل الضار أو نظرية الجريمة المدنية . . ٢١٤—٢١٥
١٧٢	(١) الفعل الضار ٢١٦
١٧٢	(أولا) العمل غير المشروع . ٢١٧—٢١٨
١٧٤	(ثانيا) الحالة الاجرامية . . ٢١٩—٢٢٠
١٧٥	(ثالثا) تحمل التبعة . . . ٢٢١—٢٢٤
١٧٦	(٢) شروط المسؤولية . . . —
١٧٦	(أولا) علاقة السببية بين الفعل
	والضرر ٢٢٥—٢٢٦
١٧٧	الفوق القاهرة والحادث الفجائي ٢٢٧
١٧٧	الأهلية في المسؤولية المدنية ٢٢٨
١٧٨	(ثانيا) الضرر ٢٢٩—٢٣٢
١٧٩	(ثالثا) التعويض ٢٣٣—٢٣٦
١٨٠	(٣) أحوال خاصة للمسؤولية . . ٢٣٧—٢٣٩
١٨١	الاتفاقات الممددة لأحكام المسؤولية . ٢٤٠
١٨٢	ملحق — اساءة استعمال الحق . . ٢٤١—٢٤٢
١٨٣	٣ — الفعل النافع أو نظرية الاثراء بلا سبب . ٢٤٣
١٨٣	(١) استرداد المدفوع بلا وجه حق . ٢٤٤
١٨٤	(٢) دعوى الاثراء على حساب الغير . ٢٤٥—٢٤٩
١٨٥	(٣) أعمال الفضولى ٢٥٠—٢٥٣
١٨٧	القسم الثالث : الفكرة الاسلامية للالتزام . . —
١٨٧	١ — الاصطلاحات اللفظية ٢٥٤—٢٥٨
١٨٩	٢ — فكرة الالتزام ٢٥٩
١٩٠	(أولا) الدين ٢٦٠—٢٦٣
١٩١	(ثانيا) العين ٢٦٤—٢٦٥
١٩٢	(ثالثا) العمل ٢٦٦
١٩٣	٣ — الحق العيني والحق الشخصى . . . ٢٦٧—٢٧٦
١٩٦	الحقوق شبه العينية ٢٧٧
١٩٧	٤ — الفكرة المجردة للالتزام فى الفقه الاسلامى . ٢٧٨—٢٨٤
٢٠١	نظرة عامة ٢٨٥

الصفحة	الفقرة
	النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية
٢٠٧	القسم الأول : الالتزام في ذاته —
٢٠٩	الكتاب الأول : طرفا الالتزام ٢٨٦
٢١٠	الباب الأول — في تعدد الملزم لهم . . . ٢٨٧
٢١٠	الفصل الأول : في الالتزام لمتعدد
	بغير تضامن . . . —
٢١٠	الفرع الأول — التمليكات —
٢١٠	مبدأ الانقسام ٢٨٨
٢١١	اطراد ٢٨٩
٢١٢	الفرع الثاني — الالتزامات بالتسليم . . . —
٢١٢	وضع المسألة . مبدأ الانقسام . . . ٢٩٠
٢١٤	حالة الوديعة ٢٩١
٢١٧	استثناء آخر : الرهن ٢٩٢
٢١٧	أحكام الدعوى ٢٩٣
٢١٨	الفرع الثالث — الالتزامات التي يكون موضوعها مبالغ
٢١٨	وضع المسألة ٢٩٤
٢١٩	المبحث الأول — تحديد حالات التعدد . . . —
٢١٩	وحدة السبب . التفرقة بين الصك
٢١٩	والعقد . وبين العقد واجازته . . . ٢٩٥
٢٢٢	تجزئة العقد ووحدة السبب . . . ٢٩٦
٢٢٤	تجزئة العقد وتأثير ذلك في حالة فسخه
٢٢٥	نطبق هذه القاعدة على حالة الكفالة
٢٢٦	والوكالة ٢٩٨
٢٢٦	حالة القرض الخاصة ٢٩٩
٢٢٧	الالتزام الناشئ عن الفعل الضار
٣٠٠	ووحدة السبب ٣٠٠

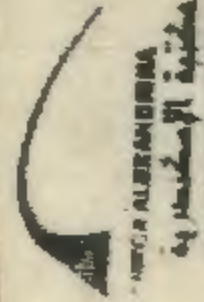
الصفحة	الفقرة
٢٢٩	تأخر نشوء الالتزام إلى يوم صدور
٢٣٠	الحكم ٣٠١
٢٣١	الفعل النافع ووحدة السبب . . . ٣٠٢
٢٣١	المبحث الثاني — آثار التعدد ٣٠٣
٢٣١	المطلب الأول — آثار التعدد فيما بين الدائنين والمدين —
٢٣١	لكل من الدائنين أن يتصرف في حصته ٣٠٤
٢٣٥	هل له أن يمنع المدين أجلا ؟ . . ٣٠٥
٢٣٨	أحكام الدعوى ٣٠٦
٢٣٩	نتيجة ٣٠٧
٢٤٠	المطلب الثاني — آثار التعدد فيما بين الدائنين ٣٠٨
٢٤٠	١ — أحوال الرجوع —
٢٤٠	شروط الرجوع ٣٠٩
٢٤٢	حالة الوفاء بمقابل ٣١٠
٢٤٤	حالة الصلح ٣١١
٢٤٦	حالة المقاصة ٣١٢
٢٥٣	٢ — موضوع حق الرجوع —
٢٥٣	حصة نسبة في المبلغ المقبوض . . . ٣١٣
٢٥٤	في حالة الصلح ٣١٤
٢٥٥	حق التمتع ؟ ٣١٥
٢٥٦	٣ — طرفا الرجوع —
٢٥٦	الدائن المحروم من حق الرجوع . . ٣١٦
٢٥٧	التنازل عن حق الرجوع ٣١٧
٢٥٩	الطرف الآخر للرجوع ٣١٨
٢٦٠	٤ — آثار الرجوع —
٢٦٠	آثار الرجوع ٣١٩
٢٦١	٥ — نتائج الرجوع —
٢٦١	مزايا ومساوى استعمال حق الرجوع ٣٢٠
٢٦٣	٦ — الأساس القانوني للرجوع . . . —
٢٦٣	وضع المسألة ٣٢١

الصفحة	الفقرة
٢٦٥	التعليل المقبول . حق شبه عيني ٣٢٢
٢٦٨	المبحث الثالث — الطبيعة القانونية والقيمة العملية
—	لنظرية الدين المشترك . —
٢٦٨	المطلب الأول — الطبيعة القانونية . —
٢٦٨	٣٢٣ الطبيعة القانونية في النصوص
٢٧٤	٣٢٤ الطبيعة القانونية الحقيقية .
٢٧٥	المطلب الثاني — القيمة العملية . . —
٢٧٥	٣٢٥ القيمة العملية للنظرية .
٢٧٦	المطلب الثالث — الفقه العملي . . —
٢٧٦	٣٢٦ الحيل . علاج عيوب النظرية
٢٨١	المطلب الرابع — التطبيقات . . —
٢٨١	٣٢٧ الفأوى والشروط . .
٢٨٥	المطلب الخامس — النصوص . . —
٢٨٥	المصادر والتطور . الحالات
٢٩٣	٣٢٨ الجديدة ونمو الفقه
٢٩٥	ملحق ١ — الاصطلاحات اللفظية . —
٣٠٠	ملحق ٢ — ملاحظات على التقنيات —
٣٠٣	تقنين آخر . . . —
٣٠٣	الفصل الثاني : في الالتزام المتعدد بالتضامن . —
٣٠٣	٣٢٩ تمهيد
٣٠٣	الفرع الأول — أحوال التضامن الموجب . . —
٣٠٣	المبحث الأول — الحالة الأولى . . . —
٣٠٣	٣٣٠ الشركاء في شركة مفاوضة .
٣٠٥	المبحث الثاني — الحالة الثانية . . . —
٣٠٥	٣٣١ الشركاء في شركة عنان بالأعمال
٣٠٥	٣٣٢ انتهاء التضامن . . . —
٣٠٦	الفرع الثاني — آثار التضامن الموجب . . . —

الصفحة	الفقرة
٣٠٦ .	المبحث الأول — في علاقات الدائنين بالمدين .
٣٠٩	المبحث الثاني — في علاقات الدائنين فيما بينهم .
٣١٠	الفرع الثالث — الطبيعة القانونية للتضامن الموجب
٣١٠	حالة شركة المفاوضة . فكرة الوكالة
٣١١	حالة شركة الضمان
٣١٣	النتيجة . القيمة العملية
٣١٤ .	الباب الثاني — في تعدد الملتزمين
٣١٤	الفصل الأول : في تعدد الملتزمين بغير تضامن
٣١٤	الفرع الأول — التمليكات
٣١٤	مبدأ الانقسام . أحكام الدعوى
٣١٥	استثناء . حالة الرهن
٣١٦	النتيجة
٣١٦	الفرع الثاني — الالتزامات بعمل شيء
٣١٦	مبدأ الانقسام . حالة الوديعة والوكالة
٣١٨	الالتزام بضمان الاستحقاق
٣١٨	الفرع الثالث — الالتزامات النقدية
٣١٨	مبدأ الانقسام
٣٢٠	أحكام الدعوى
٣٢١	اعتبارات عملية
٣٢٢	الفصل الثاني : في التضامن ما بين الملتزمين
٣٢٢	مقدمة
٣٢٣	الفرع الأول — مصادر التضامن
٣٢٣	المبحث الأول — الاتفاق
٣٢٣	المصدر الأول . الاتفاق أو إرادة الطرفين
٣٢٥	شروط هذا الاتفاق
٣٢٧	صيقته
٣٢٨	تحديد حالة التضامن الاتفاق

الصفحة	الفقرة
٣٢٩	المبحث الثاني — الشرع
٣٢٩	المطلب الأول — الحالة الأولى
٣٢٩	المصدر الثاني . الشرع . الحالة الأولى : الشركاء في
٣٥١	شركة مفاوضة
٣٣٣	المطلب الثاني — الحالة الثانية
٣٣٣	الحالة الثانية : الشركاء في شركة عنان بالأعمال
٣٥٣	حكم شركات العنان الأخرى
٣٣٤	انتهاء التضامن
٣٣٥	ملحق
٣٣٦	الفرع الثاني — آثار التضامن
٣٣٦	المبحث الأول — علاقات الدائن بالمدينين
٣٣٦	الآثر الأول . للدائن ان يطالب كلا بجميع الدين
٣٣٨	انقسام المطالبة . لا حائل دونها
٣٣٩	أحكام الدعوى
٣٤٠	الآثر الثاني . الوفاء من أحد المدينين مبرىء للجميع
٣٤١	١ — الوفاء بمقابل
٣٤٢	٢ — حوالة الدين
٣٤٣	٣ — هبة الدين
٣٤٤	٤ — الأبراء من الدين
٣٤٥	صور للأبراء الجزئي
٣٤٦	منع الاجل . حالة الوفاء
٣٤٧	٥ — اتحاد الذمة
٣٤٨	النتيجة
٣٤٩	المبحث الثاني — علاقات المدينين فيما بينهم
٣٤٩	الرجوع
٣٤٩	موضوع الرجوع
٣٥٠	التنازل عن حق الرجوع
٣٥١	شروط الرجوع . الشرط الأول : الاذن
٣٥١	الشرط الثاني للرجوع : الوفاء
٣٥١	حالة الوفاء الجزئي

الصفحة	الفقرة
٣٥٦	الاساس القانونى للزجوع . فكرة الوكالة . ٣٧٤
٣٥٧	المبحث الثالث — التضامن المركب . . . —
٣٥٧	حالاته ٣٧٥
٣٥٧	المطلب الاول —
٣٥٧	علاقات الدائن بالمدينين ٣٧٦
٣٥٨	المطلب الثانى —
٣٥٨	علاقات المدينين فيما بينهم ٣٧٧
٣٥٩	الفرع الثالث — الطبيعة القانونية والقيمة العملية للتضامن السالب
٣٥٩	المبحث الاول — الطبيعة القانونية —
٣٥٩	مبحث الفكرة . الطبيعة القانونية الحقيقية . فكرة
٣٦١	الكفالة ٣٧٨
٣٦٥	تأثيرها . فى علاقات الدائن بالمدينين . . . ٣٧٩
٣٦٦	فى علاقات المدينين فيما بينهم ٣٨٠
٣٦٦	فكرة النيابة ٣٨١
٣٦٨	المبحث الثانى — القيمة العملية —
٣٦٨	القيمة العملية ٣٨٢
٣٦٩	المبحث الثالث — الفقه العملى —
٣٦٩	الفقه العملى ٣٨٣
٣٧١	المبحث الرابع — التطبيقات —
٣٧١	التطبيقات ٣٨٤
٣٧٥	فى كتب الشروط ٣٨٥
٣٧٦	فى القضاء ٣٨٦
٣٧٧	المبحث الخامس — النصوص —
٣٧٧	النصوص . المصادر والتطور ٣٨٧
٣٧٩	ملحق ١ — الاصطلاحات اللفظية —
٣٧٩	ملحق ٢ — ملاحظات على التقنيات —
٣٨١	تقنين آخر —
٣٨٥	فهرس هجائى للنصوص —
٤٠٠	فهرس تحليلى للموضوعات —



Bibliotheca Alexandrina



0224438

